



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DAMARIS SAMPAIO ALMEIDA

**A PRIMAZIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA: UMA ANÁLISE DAS
CONSEQUÊNCIAS DO ENCARCERAMENTO FEMININO PREVENTIVO**

FLORIANÓPOLIS

2018

DAMARIS SAMPAIO ALMEIDA

**A PRIMAZIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA: UMA ANÁLISE DAS
CONSEQUÊNCIAS DO ENCARCERAMENTO FEMININO PREVENTIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a. Josiane Rose Petry
Veronese

FLORIANÓPOLIS

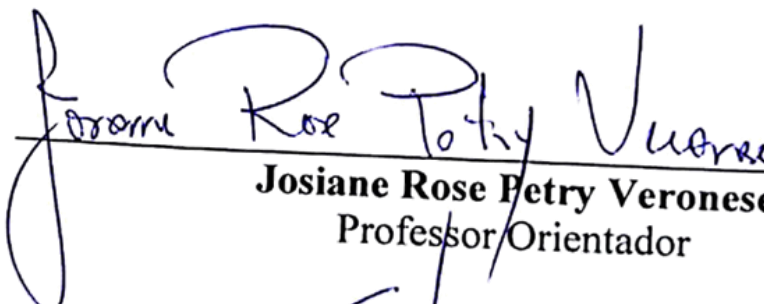
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A PRIMAZIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA: UMA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DO ENCARCERAMENTO FEMININO PREVENTIVO”, elaborado pela acadêmica Damaris Sampaio Almeida, defendido em 4 de julho de 2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 4 de julho de 2018.



Josiane Rose Petry Veronese
Professor Orientador



Carlos Alberto Crispim
Membro de Banca



Vivian De Gann do Santos
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Damaris Sampaio Almeida

RG: 155.277.49-96

CPF: 053.049.275-08

Matrícula: 13201140

Título do TCC: A Primazia dos Direitos da Criança: uma análise das
consequências do encarceramento feminino preventivo

Orientadora: Josiane Rose Petry Veronese

Eu, **DAMARIS SAMPAIO ALMEIDA**, acima qualificada; venho, pelo
presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo
ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 4 de julho de 2018.

Damaris Sampaio Almeida

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por seu infinito amor comigo e por todas as oportunidades que me foram concedidas e todas as portas abertas, por colocar pessoas tão maravilhosas na minha vida e por sempre guiar os meus caminhos.

Gostaria de agradecer ao meu pai, Edvaldo, sem ele nada disso seria possível. Ele que sempre batalhou e fez inúmeros sacrifícios para que eu pudesse ter uma vida melhor.

Gostaria de agradecer, também, à minha mãe, Maria, pelos incentivos e conselhos. Meu porto seguro, quem eu sempre pude contar para me ajudar a superar as dificuldades do dia a dia, mesmo de longe.

Agradeço à minha irmã, Núbia, por abrir as portas de sua casa e me acolher nos primeiros anos da minha jornada. Agradeço também ao meu irmão, Fernando, por torcer pelos meus sonhos e mesmo de longe comemorar comigo por cada vitória.

Agradeço as minhas avós e tios, em especial, à minha tia, Avany, que sempre cuidou de mim como uma filha e que tanto torce por minhas conquistas.

Agradeço ao meu primo Wanderley por todo suporte que me deu mesmo de longe e por ser meu irmão de coração que tanto admiro.

Gostaria de agradecer ao meu namorado, Henrique, por todo amor, companhia, compreensão e cuidado. Obrigada por ser a melhor coisa que já aconteceu na minha vida.

Agradeço ao meu sogro, Clóvis, e à minha sogra, Marlene, por me darem uma família aqui em Florianópolis, e por sempre estarem dispostos a me ajudar.

Obrigada a todos os meus amigos, que de longe ou de perto, fazem parte da minha vida. Em especial aos meus companheiros de vida acadêmica, Amanda, Luana, Rafael, Gustavo, Luiz, Michele, Betina, e a Carolina, minha colega e amiga, a sua amizade foi um dos melhores presentes que o curso de Direito me proporcionou.

Agradeço aos meus colegas de estágio no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, principalmente a Douglas, a pessoa mais carismática que já conheci e que tanto me ensinou.

Gostaria de agradecer ao Professor Paulo Pinheiro Machado, meu mestre durante meu tempo no curso de História, e também a Corina Espíndola. A vocês agradeço imensamente, pela assistência prestada e por me ajudarem a não desistir.

Agradeço a todos os mestres que tive, desde os professores da escola até os da graduação. Em especial agradeço à minha orientadora, Professora Josiane Veronese, por ser um exemplo de pessoa e por despertar o meu amor pelo Direito da Criança e do Adolescente.

“A criança não deveria se sentir presa, deveria ter uma vida de criança total, criança” – Trecho extraído do relato de uma detenta durante entrevista.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar as consequências do encarceramento feminino preventivo para a criança submetida a realidade do cárcere juntamente com a sua mãe e como as consequências afetam o seu desenvolvimento. O método de abordagem utilizado foi o método indutivo e de procedimento, o método monográfico, com técnica de pesquisa baseada em documentação indireta, especificamente através de pesquisas em artigos, livros, legislações e jurisprudência. Assim, com o presente estudo foi possível entender a construção histórica de afirmação dos Direitos da Criança e do Adolescente e o instituto da prisão preventiva e suas consequências devastadoras para as crianças. Com intuito de estudar a construção até a normativa atual divide-se, o trabalho, em três capítulos. O primeiro versa sobre um breve apanhado histórico do Direito das Crianças e dos Adolescentes no Brasil e no mundo, sobre os direitos fundamentais e sociais infatoadolescentes e a evolução normativa nacional relativa à proteção da criança e do adolescente. O segundo capítulo trata do instituto da prisão preventiva e da sua realidade e consequências para a maternidade e infância. Por fim, o terceiro capítulo aborda a possibilidade da conversão da prisão preventiva pela domiciliar, com a análise do Habeas Corpus 143.641/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu que a Proteção Integral deve ser norte do magistrado ao analisar casos relacionados ao melhor interesse da criança, e, se os Tribunais, especialmente o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem aplicado o precedente e concedido a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Palavras-chave: Doutrina da Proteção Integral. Direito da Criança e do Adolescente. Prisão Preventiva. Habeas Corpus. Prisão Domiciliar. Estado. Políticas Públicas. Poder Judiciário. Sociedade. Família.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

CADHu: Coletivo de Advogados em Direitos Humanos.

CF: Constituição Federal.

CONANDA: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

CNJ: Conselho Nacional de Justiça.

CPP: Código de Processo Penal.

DEPEN: Departamento Penitenciário Nacional.

DJE: Diário de Justiça Eletrônico

DPE: Defensoria Pública Estadual.

DPU: Defensoria Pública Geral da União.

FUNABEM: Fundação Nacional do Bem-estar do Menor.

HC: Habeas Corpus.

INFOPEN: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

LEP: Lei de Execução Penal.

ONU: Organização das Nações Unidas.

PLS: Projeto de Lei do Senado.

SAM: Serviço de Assistência a Menores.

SGD: Sistema de Garantia de Direitos.

STJ: Superior Tribunal de Justiça.

STF: Supremo Tribunal Federal.

SUAS: Sistema Único de Assistência Social.

SUS: Sistema Único de Saúde.

TJSC: Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A TRAJETÓRIA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	10
1.1 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO PLANO INTERNACIONAL	10
1.2 HISTÓRICO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL.....	15
1.2.1. O caminho até a construção do direito protetivo da criança e do adolescente.....	15
1.2.2. Estatuto da Criança e do Adolescente e a Doutrina da Proteção Integral	21
1.3 A PRIMAZIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	24
1.3.1. Direitos fundamentais especiais a criança e ao adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento	24
1.3.1.1. O direito à vida e à saúde	26
1.3.1.2. O direito à liberdade, ao respeito e à dignidade	27
1.3.1.3. O direito à convivência familiar e comunitária	27
1.3.1.4. O direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer	30
1.3.1.5. O direito à profissionalização e à proteção no trabalho.....	30
1.3.1.6. Sistema de garantias de direitos	31
1.3.2. O princípio do superior interesse da criança	32
2 ENCARCERAMENTO FEMININO PREVENTIVO E SEUS REFLEXOS NA PROTEÇÃO À CRIANÇA	37
2.1. PRISÃO PREVENTIVA.....	37
2.1.1. Requisitos para decretação da prisão preventiva.....	39
2.1.1.1. Requisitos essenciais	39
2.1.1.2. Requisitos processuais.....	41
2.1.1.2.1. Garantia da ordem pública.....	42
2.1.1.2.2. Garantia da ordem econômica	43
2.1.1.2.3 Conveniência da instrução criminal	43

2.1.1.2.4. Assegurar a aplicação da lei penal	44
2.1.1.2.5. Em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares	44
2.1.1.2.6. Crime doloso com pena privativa de liberdade máxima for superior a 4 anos	45
2.2. CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR	45
2.2.1. O tema na Lei da Primeira Infância	47
2.3. A MATERNIDADE NO CARCÉRE	50
3 O HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143/641/SP	59
3.1. APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES PRECEDENTEMENTE AO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 143/641/SP	59
3.2 DOS FUNDAMENTOS PARA IMPETRAÇÃO DO HABEAS CORPUS	65
3.2.1 Uma política de estigma e de desproporção no encarceramento preventivo feminino	66
3.2.2 A transgressão ao princípio da primazia do interesse da criança frente ao encarceramento feminino preventivo	71
3.3 O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641/SP	75
3.3.1 O voto do relator Ministro Ricardo Lewandowski	77
3.4 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE APÓS O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 143.641/SP	82
3.4.1 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema	83
3.4.2 A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina	87
3.5 REPERCURSÃO LEGISLATIVA – O PROJETO DE LEI 64/2018	90
CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

O Direito da Criança e do Adolescente é fruto de um processo de conquista e afirmação de direitos. Foi uma longa caminhada até que crianças e adolescentes fossem reconhecidos como sujeitos de direitos que demandam proteção especial.

Com a Doutrina da Proteção Integral, rompe-se com o paradigma da “situação irregular” que permeava o direito do “menor”, em que a criança era tratada como um mero objeto de tutela do Estado, marcado pelo caráter assistencialista e repressivo, ignorando a sua categoria de pessoa em desenvolvimento.

O Paradigma da Proteção Integral aparece no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990. O Estatuto da Criança e do Adolescente é elaborado para comprometer o Estado, a família e toda a sociedade com a defesa dos direitos da criança e a promoção das melhores condições para que ela se desenvolva em um ambiente sadio e que tenha todos os recursos necessários para uma infância digna.

A Proteção Integral busca garantir uma efetiva proteção em todos os âmbitos da vida da criança e do adolescente com prioridade absoluta. Contudo, infelizmente, o Estado negligencia uma parcela dessa população que sofre as consequências da pena privativa de liberdade imposta a mãe, tendo seus direitos mais básicos e fundamentais violados.

Entre tais situações, tem-se a prisão preventiva, que ocorre quando ainda não há uma condenação definitiva, mas que mesmo assim prejudica o desenvolvimento da criança que é exposta à essa realidade, alvo esta de análise do presente estudo.

Dessa forma, o trabalho monográfico visa demonstrar como a primazia dos direitos da criança é essencial para basear o magistrado em suas decisões.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi o método de abordagem indutivo, o método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa utilizada baseou-se em documentação indireta, especificamente com pesquisa bibliográfica em artigos, livros, leis e jurisprudência.

Em um primeiro momento, o estudo fará um breve registro histórico acerca dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes no plano internacional e no plano nacional, demonstrando o caminho que foi percorrido para consolidação da Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, explanará os Direitos Fundamentais e Sociais das crianças e adolescentes e demonstrará a importância do Princípio do Superior Interesse da Criança.

Em um segundo momento, haverá a elucidação dos reflexos para a criança do encarceramento preventivo imposto à mãe, descrevendo de forma breve o instrumento processual penal da prisão preventiva e os seus requisitos.

Após, tratará da medida cautelar alternativa à prisão preventiva que é a prisão domiciliar, e sobre esse tema na Lei da Primeira Infância que alterou o Código de Processo Penal e passou a prever a substituição da prisão preventiva pela domiciliar nos casos em que a mulher for gestante ou mãe com filhos de até doze anos de idade ou com deficiência. O segundo capítulo apresentará através de pesquisas, relatos de entrevistas, índices e estatísticas, como é a realidade da maternidade nas prisões.

Por fim, no último momento será analisado o Habeas Corpus Coletivo n. 143/641/SP, julgado em 20 de fevereiro do corrente ano, que versou sobre a conversão da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres grávidas ou com filhos com menos de 12 anos, submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional.

Dessa forma, através do estudo do processo será demonstrada a necessidade de adoção urgente de medidas voltadas ao equacionamento das gravíssimas violações aos direitos fundamentais das mulheres presas cautelarmente e de seus filhos mesmo após o advento da Lei da Primeira Infância. Atrelado aos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que passaram a conceder a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar quando a paciente possui filhos menores de 12 anos de idade ou em condição de gestantes.

Assim, o terceiro capítulo abordará as discussões acerca do *habeas corpus* coletivo n. 143/641/SP, os dados e informações evidenciadas no processo e o voto da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, elucidando os argumentos de direito pelos quais o benefício foi concedido, e ao final analisará se os Tribunais têm aplicado o precedente firmado em seus julgados. Após será feita uma breve análise da repercussão legislativa do julgamento.

1 A TRAJETÓRIA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Antes de dar início ao estudo acerca do encarceramento feminino preventivo, bem como das suas consequências para a criança submetida a essa realidade, indispensável delinear o histórico de construção do Direito da Criança e do Adolescente até a atualidade, bem como, apontar os direitos fundamentais especiais à criança e ao adolescente e os princípios norteadores da Doutrina da Proteção Integral.

Neste primeiro momento, serão, portanto, destacados alguns conceitos utilizados no decorrer do presente estudo, referentes à Doutrina da Proteção Integral, acerca do desenvolvimento e conquista dos Direitos da Criança e do Adolescente. Também será traçado breve consideração acerca da primazia do direito da criança e do adolescente no ordenamento jurídico.

1.1 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO PLANO INTERNACIONAL

A infância não foi uma preocupação da sociedade e dos Estados como categoria detentora de especial atenção no âmbito jurídico até em torno do século XX, quando surgiram legislações específicas para o Direito da Criança decorrentes das novas concepções políticas e culturais que se deram durante a Primeira Revolução Industrial na Europa¹.

Veronese e Falcão tratam da "miniaturização" da infância. Consoante as autoras, antes da "descoberta da infância" a criança era tratada como uma reprodução mais pequena da vida adulta, a compreensão era de que a infância seria uma fase passageira e por isso a preocupação jurídica era com a vida adulta.

Dessa forma, não existia no cenário jurídico o interesse de incluir a criança como sujeito de direitos, conforme explicam as autoras:

O reconhecimento de direitos da criança perpassa por ondas e por isso a busca pelos lugares é contínua e emergente. Tal necessidade floresce tanto no âmbito

¹ VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes. O lugar global dos direitos da criança a partir da construção das imagens a infância. In: I JORNADA DE HISTÓRIAS DE INFÂNCIAS E JUVENTUDES. 2017. Florianópolis, SC. **Anais eletrônicos**, UDESC, 18 de dezembro de 2017. p. 174. Disponível em: <file:///C:/Users/Henri/Downloads/Jornada%20de%20Hist%C3%B3rias%20de%20Inf%C3%A2ncias%20e%20Juventudes.pdf>. Acesso em 25.06.2018.

doméstico dos Estados quanto no internacional através de fóruns e reuniões dos membros da comunidade internacional. Contudo, assim como o processo de individualização da criança foi lento, a concepção de normas que reconhecessem os direitos da criança, os novos sujeitos de direitos e o lugar global destes².

Em 1924 é publicada a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, foi o primeiro documento internacional com a proposta de se reconhecer a proteção especial para infância. No documento foi declarada a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial, “visava-se abarcar a proteção e o reconhecimento quanto à alimentação, à educação, aos cuidados nas situações de perigo”³.

Segundo Castro⁴ pode-se extrair dois conceitos fundamentais da declaração, quais sejam, a infância como uma categoria especial de indivíduos dentro de uma sociedade e a segunda se propõe a criar instrumentos internacionais que salvaguardem os direitos da criança⁵.

A Declaração de Genebra dispõe que a criança, em decorrência da sua dupla precocidade, física e mental, necessita de cuidados especiais e proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento. A Declaração de Genebra tem por finalidade proporcionar a criança uma infância feliz e segura, que a criança usufrua de seus direitos e liberdades, para isso, chama a atenção dos pais, dos governos e da sociedade no reconhecimento dos direitos inerentes as crianças e na necessária observância dos princípios na legislação e programas que envolvam a infância⁶.

Dessa forma, a Declaração de Genebra de 1924 apesar de não ter efeito coercitivo, inaugura os documentos internacionais pautados nos direitos da criança, estabelece sete princípios protetivos, entre eles que a criança deve ser protegida independentemente de origem, raça ou religião, de ser respeitada a integridade familiar, proteger a criança de qualquer tipo de exploração, promover um ambiente adequado ao pleno desenvolvimento da criança, em caso de necessidade a criança deve ser socorrida primeiro, nenhuma criança deve passar fome ou deixar de ter assistência⁷.

² Idem. Ibidem. p. 175.

³ Idem. Ibidem. p. 176.

⁴ CASTRO, Matilde Coutinõ. *El derecho de los menores: una perspectiva nacional e internacional*. **Revista del Posgrado em Derecho de la UNAM**. n° 3. v. 2. p. 289-304. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, jul.-dec. 2006, p. 295. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. **Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015. p. 89.

⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. **Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015. p. 89.

⁶ CASTRO, Matilde Coutinõ. Ibidem.

⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem.

A criança passa a ter uma preferência de direitos, pois, é reconhecida como categoria especial de indivíduos que precisa de uma maior proteção. Observa-se que os princípios são voltados ao desenvolvimento da criança e, dessa forma, deve ela conviver no seio da família, ter um ambiente adequado para que possa se desenvolver e sobretudo ser protegida de qualquer forma de exploração⁸.

Entretanto, o documento apenas estabelecia direitos, com natureza principiológica não impunha sanções ou deveres aos Estados e a família, “mesmo com o avanço na agenda internacional daquele que seria o primeiro esboço para normas vinculantes futuramente, se aponta que não causa efeito direto de responsabilização internacional dos Estados, visto que não coloca os meios para atingir estas garantias⁹.

Em 1948 com a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, os direitos humanos básicos são delineados, e, o direito da criança conquista mais espaço, especificamente no artigo 25 da declaração o qual dispõe que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”¹⁰. Portanto, a fim de fornecer garantias obrigatórias e atribuir a qualidade de sujeito de direito à criança, é que em 1959 a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração Universal dos Direitos da Criança¹¹.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, revelada em dez princípios basilares, recomenda a adoção por parte dos Estados, mas sem conteúdo coercitivo, era uma obrigação moral. Mas a Declaração Universal dos Direitos da Criança estimulou a criação de um pacto internacional com força imperativa e coercitiva entre os Estados membros que foi a Convenção Sobre os Direitos da Criança.¹²

Em 1989 é aprovada a Convenção Sobre os Direitos da Criança¹³ em que constantes as garantias que minimamente devem ser promovidas por toda a sociedade a suas crianças, anunciando em um documento as normas que os Estados signatários devem adotar e incorporar

⁸ Idem. Ibidem.

⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes. p. 176.

¹⁰ ONU. **Declaração Universal de Direitos da Criança**. Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>>. Acesso em 15.04.2018.

¹¹ VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes. Ibidem. p. 177.

¹² VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Paradigma da Proteção Integral**. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉOPRE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 31.

¹³ A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança – Carta Magna para as crianças de todo o mundo – em 20 de novembro de 1989, e, no ano seguinte, o documento foi oficializado como lei internacional. Cabe ressaltar que a convenção foi ratificada por 196 países. Atualmente apenas os Estados Unidos não ratificaram a convenção, somente assinou formalmente o documento

a sua legislação, “fruto de compromisso e negociação, tal Convenção representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis”¹⁴.

A Convenção segundo Veronese e Falcão constituiu o instrumento jurídico de caráter internacional mais importante para o direito da infância, pois, proporciona o marco geral de interpretação de todo o resto da normativa internacional. Possui força jurídica obrigatória consistente em um tratado internacional de proteção dos direitos humanos¹⁵.

Diversamente da Declaração Universal dos Direitos da Criança, que sugere princípios de natureza moral, sem nenhuma obrigação, representando basicamente sugestões de que os Estados poderiam utilizar ou não, a Convenção tem natureza coercitiva e exige de cada Estado-Parte que a subscreve e ratifica um determinado posicionamento. Como um conjunto de deveres e obrigações aos que a ela formalmente aderiram, a Convenção tem força de lei internacional e assim, cada Estado não poderá violar seus preceitos, como também deverá tomar as medidas positivas para promovê-los. Há que se colocar, ainda, que tal documento possui mecanismos de controle que possibilitam a verificação no que tange ao cumprimento de suas disposições e obrigações, sobre cada Estado que a subscreve e a ratifica¹⁶.

Fruto de uma longa caminhada, finalmente a criança é reconhecida em sua individualidade como sujeito de direito, compreendida em sua condição especial de pessoa em desenvolvimento¹⁷.

A partir da Convenção sobre os Direitos da Criança chamou-se a atenção dos movimentos sociais e dos setores de políticas públicas sobre a importância da dimensão jurídica no processo de avanço para melhores condições de desenvolvimento da infância. Sendo assim, exige-se de cada país que a subscreva e ratifique, a implementação de procedimentos e meios necessários à fiscalização do cumprimento de suas normas¹⁸.

A Convenção sobre os Direitos da Criança considera criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, devem os Estados Partes respeitar os enunciados presentes na convenção e assegurar a sua aplicação a toda e qualquer criança, não sendo tolerada qualquer tipo de discriminação por conta de raça, religião ou nacionalidade¹⁹.

O segundo princípio estipula o direito à especial proteção para o desenvolvimento físico, mental e social da criança, e que os Estados ao promulgar leis para atender a este fim devem ter

¹⁴ PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5.

¹⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes. Ibidem. p. 177.

¹⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Paradigma da Proteção Integral**. Ibidem.

¹⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes. Ibidem. p. 177.

¹⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Paradigma da Proteção Integral**. Ibidem.

¹⁹ Idem. Ibidem.

a consideração fundamental que se atenderá ao interesse superior da criança. O artigo 6º da Convenção reconhece a toda criança o direito inerente à vida, quer dizer, os Estados devem assegurar a criança todas as condições necessárias ao pleno desenvolvimento²⁰.

No que concerne à convivência familiar a Convenção prescreve a importância do ambiente familiar para o desenvolvimento da criança e preceitua que a separação da criança de seus genitores deve ser uma última solução, e, desde que, seja necessária ao interesse maior da criança²¹. Ainda, dispõe que os Estados partes devem atender de forma humanitária e rápida qualquer solicitação que vise a reunião familiar²².

A Convenção transportou para o âmbito jurídico internacional a Doutrina da Proteção Integral²³. Destaca Veronese que:

A citada Convenção trouxe para o universo jurídico a Doutrina da Proteção integral. Situa a criança dentro de um quadro de garantia integral, evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações; pois a infância passa a ser concebida não mais como um objeto de “medidas tuteladoras”, o que implica reconhecer a criança sob a perspectiva de sujeito de direitos²⁴.

Assevera a autora que a Doutrina da Proteção Integral acarreta, especialmente, em admitir que a infância e a adolescência são prioridades, imediatas e absolutas; o princípio do melhor interesse da criança não pode ser visto como algo impossível de ser alcançado, cabendo a família, a comunidade e ao Poder Público a tutela efetiva de seus direitos, sendo o ambiente familiar indispensável para o crescimento e bem-estar das crianças²⁵.

Segundo Veronese e Vieira a Convenção sobre os direitos da Criança e a Doutrina da Proteção Integral mudaram as condições das crianças no mundo, com evidentes melhorias, mas, por outro lado “o novo paradigma não resolveu, e nem poderia fazê-lo, vários problemas que ainda vitimizam as crianças no mundo”²⁶.

A Doutrina da Proteção Integral extraída da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 consagrou o princípio do interesse superior da criança e colocou a infância como prioridade, é uma norma internacional que gera obrigações para os Estados signatários, pois ao

²⁰ ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em 05.04.2018.

²¹ Idem. Ibidem. Art. 9º.

²² Idem. Ibidem. Art. 10.

²³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas do direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997. p. 13.

²⁴ Idem. Ibidem.

²⁵ Idem. **Direito da Criança e do Adolescente**. Volume 5. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p. 10.

²⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem. p. 107.

ratificarem assumiram o compromisso de transformar em realidade as normas da convenção, proporcionando a todas as crianças uma vida digna com condições adequadas ao seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

1.2 HISTÓRICO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

1.2.1. O caminho até a construção do direito protetivo da criança e do adolescente

É reconhecida a toda criança o direito a um início de vida digno, com educação, ambiente protegido e todas as circunstâncias propícias para um desenvolvimento saudável, porém, nem sempre foi dessa maneira. Ao analisar a história dos direitos da criança no Brasil, tristemente, observa-se que as crianças e adolescentes tiveram seus direitos negados e foram privados dos recursos indispensáveis para um bom desenvolvimento.

Historicamente as crianças não eram uma preocupação do legislador e quando passaram a ser – a partir dos Códigos de Menores -, foram tratadas pela legislação como meros objetos de intervenção do Estado, mas, até o momento da tutela dos direitos da criança na legislação coube as instituições de assistência criar mecanismos de amparo. Explica Veronese que a primeira instituição encarregada de prestar assistência as crianças foi a Igreja Católica, por meio das ordens religiosas, a assistência era baseada na caridade, e primava por fornecer casa e comida.²⁷

O cuidado que a Igreja Católica tinha com a infância era voltado a correção/repressão, os castigos corporais para eles era uma forma de cuidado, de educar as crianças aos bons costumes, era uma assistência voltada ao controle e a submissão do espírito das crianças para transformar em adultos moralmente capazes de superar os vícios e educados para servir a cristo.²⁸

Em 1726, na Bahia, a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia criou a primeira instituição de assistência à criança abandonada, denominada Roda dos Expostos²⁹, em 1738 foi fundada a Casa dos Expostos no Rio de Janeiro e em Recife no ano de 1789, expandindo-se no período imperial e chegando à quantidade de 13 instituições com o fim de recolher as crianças abandonadas ou rejeitadas. Romão fala que nesse sistema sempre ocorreram fraudes e abusos,

²⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 18.

²⁸ CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma, SC: UNESC, 2009, p. 13.

²⁹ Tratava-se de compartimento cilíndrico instalado na parede de uma casa que girava de fora para dentro. A criança era colocada ali para ser abrigada e criada pela entidade, preservando a identidade de quem a abandonava. A medida foi regulamentada em lei e se tornou a principal forma de assistência infantil nos séculos 18 e 19. Popularmente, também era conhecido por "Roda dos Rejeitados".

“não foi raro o caso de mães levarem seus filhos na roda e logo a seguir oferecerem-se como amas-de-leite do próprio filho, só que agora ganhando para isso”³⁰.

Veronese destaca a situação dessas instituições para a saúde das crianças, “na casa dos expostos, devido à escassez de recursos materiais e humanos, era grande o número de crianças que não resistiam às precárias condições a que eram submetidas”³¹.

Tendo em vista a situação da criança e do adolescente, e preocupando-se o legislador com a “delinquência” em 1927 foi criado o primeiro Código de Menores³².

Para Ochulacki o Código de Menores de 1927 tinha um caráter repressivo, explica a autora que o Brasil passava por uma urbanização europeia e havia essa ideia de embelezar as cidades, então com o objetivo de retirar as crianças pobres e abandonadas das ruas, a criança passa a ser objeto de políticas públicas, “assim um novo ciclo se inicia, passando a criança que, era considerada um objeto de caridade para, objeto de políticas públicas”³³.

Acerca do Código de Menores de 1927 explica Veronese:

O Código de Menores institucionalizou o dever do Estado em assistir os menores que, em face do estado de carência de suas famílias, tornavam-se dependentes da ajuda ou mesmo da proteção pública, para terem condições de se desenvolver ou no mínimo, subsistirem no caso de viverem em situação de pauperização absoluta.³⁴

Ainda, segundo a autora citada o Código de 1927 foi uma legislação voltada para correção dos “menores” abandonados, pervertidos ou em situação que pudesse os levar a ser, em que a perspectiva do problema do “menor” era decorrente da orfandade ou das famílias desestruturadas, “a tônica predominante desta legislação menorista era corretiva, isto é, fazia-se necessário educar, disciplinar, física, moral e civicamente as crianças oriundas de famílias desajustadas ou da orfandade”³⁵.

³⁰ ROMÃO, Luis Fernando de França. **A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 29

³¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 16.

³² Surge o Código de Menores através do Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927, que foi resultado da consolidação de leis especiais, decretos e regulamentos elaborados durante a década de vinte, sendo autor o Juiz Mello Mattos, que foi o primeiro juiz de menores do Brasil e da América Latina.

³³ OCHULACKI, Roberta Brenner. **A Juridicalização da proteção da infância e da juventude no Brasil: uma análise da (in)eficácia da aplicação das medidas socioeducativas no estado do Rio Grande do Sul**. 1. ed. Curitiba, PR: CVR, 2016. p. 24.

³⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito penal juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 26.

³⁵ Idem. Ibidem.

O Código de Menores instituiu um Juízo privativo de “menores”, elevou a idade da inimputabilidade penal para 14 anos³⁶, regulou o trabalho dos “menores”³⁷, criou um corpo de assistentes sociais, instituiu a aplicação de medidas de assistência e proteção aos menores de 18 anos³⁸, e implementou um processo especial para os “menores infratores”, estabelecendo um sistema punitivo próprio a eles³⁹.

Conforme salienta Carvalho:

O juiz de menores surge como aplicador não somente de regras de direito, como também administrativas e sociais, encarregado obrigatoriamente de promover à segurança de todos os menores, quer desvalidos, quer infratores, quer indisciplinados, quer mesmo menores de vida normal. O menor em perigo ou desajustado é submetido à observação dele próprio e do seu meio familiar. Tudo isso conduz a uma revolução no velho direito de família⁴⁰.

A atividade do juiz segundo o Código de Menores de 1927 não se limitava a atuar apenas nas causas dos “menores” abandonados e delinquentes, mas de todos os menores de dezoito anos, inclusive de crianças em primeira idade. Dessa forma, ampliou o conceito de “menor” ao estabelecer que os juízes de “menores” poderiam praticar qualquer ato voltado à proteção de “menores” ainda que não se enquadrassem em situações de abandono ou delinquência.⁴¹

Por meio do Decreto-Lei nº 3.779 de 1941⁴², foi implantado o Serviço de Assistência a Menores – SAM⁴³, cuja função era “de prestar em todo território nacional, amparo social aos “menores” desvalidos e infratores, isto é, tinha-se como meta centralizar a execução de uma política nacional de assistência, desse modo, portanto, o SAM se propunha ir além do caráter normativo do Código de Menores de 1927”⁴⁴.

³⁶ Antes, em 1890 com o Código Criminal da República, a responsabilidade penal considerava a Teoria do Discernimento. Assim, crianças entre 9 e 14 anos eram avaliadas psicologicamente e penalizadas de acordo com o seu “discernimento” sobre o delito cometido. Elas poderiam receber pena de um adulto ou ser considerada imputável.

³⁷ O Código de 1927 limitou a idade para trabalho a 12 anos e proibiu o trabalho noturno dos menores de 18 anos.

³⁸ BRASIL. Decreto Lei n. 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Art. 1º O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso 18.04.2018.

³⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. Ibidem. pp. 23-24.

⁴⁰ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp.7-8.

⁴¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. Ibidem. pp. 27-28.

⁴² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.779 de 1941. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513impressao.htm]. Acesso em 09.07.2018.

⁴³ O Serviço de Assistência a Menores – SAM, foi primeiro órgão federal a se responsabilizar pelo controle da assistência aos menores em escala nacional. Atendia aos “menores abandonados” e “desvalidos”, encaminhando-os às instituições oficiais existentes, e aos “menores delinquentes”, internando-os em colônias correccionais e reformatórios.

⁴⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. Ibidem. p. 29.

O SAM era vinculado ao Ministério da Justiça, possuía uma perspectiva correcional e repressiva com objetivos de natureza assistencial, como internatos, reformatórios ou casas de detenção em forma de patronatos agrícolas, destacava a importância das escolas de aprendizado e ofícios, prestava atendimento psicopedagógico as crianças e adolescentes desvalidos e delinquentes⁴⁵.

A respeito do SAM Veronese conclui que “não conseguiu cumprir suas finalidades, sobretudo devido a sua estrutura emperrada, sem autonomia e sem flexibilidade e a métodos inadequados de atendimento, que geraram revoltas naqueles que deveriam ser amparados e orientados”⁴⁶.

Ante o insucesso do SAM o governo criou a Fundação Nacional do Bem-estar do Menor - FUNABEM⁴⁷, que, resultou na Lei n. 4.513/1964⁴⁸, de acordo com Veronese o Governo Militar trata a situação da infância brasileira como problema social, incidindo, portanto, os princípios dos ideais de segurança nacional.⁴⁹

Dessa forma, cria-se uma nova política nacional, deixando a criança de ser assistida pelas entidades privadas e organismos estatais com resoluções regionais e passa a ser inserida aos objetivos de uma política nacional, a Política do Bem-estar do Menor que era de responsabilidade da FUNABEM.

A nova política trazida pela FUNABEM, “estabelecia a centralização dos programas e iniciativas em favor da criança e do adolescente e, portanto, generaliza-se a concepção de que o problema do menor é assunto de Estado”⁵⁰.

Explica Veronese:

A fundamentação teórica da PNBEM foi buscada na Declaração Universal dos Direitos da Criança e na elevação da importância da família, na formação moral/educacional da criança e do adolescente. Porém, uma vez que a FUNABEM assumiu na prática uma postura setorial e comprometida com a situação política vigente, suas propostas foram paliativas. Ao fechar os olhos para a realidade nacional, não considerou as verdadeiras necessidades da infância e juventude brasileiras, inserindo-as num contexto de carências que

⁴⁵ Idem. Ibidem. p. 30.

⁴⁶ Idem. Ibidem

⁴⁷ Após o golpe de 64, os militares extinguem o SAM e criam a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem) e a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), que deveriam coordenar todas as ações na área. A questão da infância passou a ser tratada como problema de segurança nacional e deu origem às Febems em nível estadual.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513/imprensa.htm>. Acesso em 09.07.2018.

⁴⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. Ibidem. p. 34.

⁵⁰ Idem. Ibidem.

atingiam não só a si, mas a sua família, bem como todo a sua classe de origem⁵¹.

Consoante se extrai, a FUNABEM nasceu com o intuito de prevenir a marginalização e a delinquência, porém, sem se preocupar com a real situação das crianças e adolescentes. Era uma política extremamente institucionalizada, repressiva e ineficiente, a criança era tratada como “mero sujeito passivo, cliente de uma pedagogia alienada”⁵²

Dando seguimento, em 1979 é constituído o Código de Menores⁵³ que dispunha sobre assistência, proteção e vigilância para crianças e adolescentes de até 18 anos de idade que estivessem em “situação irregular”, aos jovens entre 18 e 21 anos, nos casos expressos na lei e, as medidas de caráter preventivo aplicavam-se a todo menor de 18 anos, independentemente de sua situação.

O Código de Menores de 1979 é fundamentado pela Doutrina da Situação Irregular, a qual era composta por normas voltadas para aqueles privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e educação, os quais o Código considerava como em “situação irregular”⁵⁴.

Conforme extrai-se do artigo 2º do Código:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial⁵⁵.

⁵¹ Idem. Ibidem. p. 35.

⁵² Idem. Ibidem.

⁵³ BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso 18.04.2018.

⁵⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Paradigma da Proteção Integral**. Ibidem. p. 32.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Art. 2º - revogada pela Lei 8.069 de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso 18.04.2018.

Amaral e Silva destaca que estaria em situação irregular aquele que descumprir as obrigações intrínsecas ao poder familiar ou aquele que negligenciar os direitos sociais básicos, bem como, os pais que abandonam e o Estado que negligencia, mas em hipótese alguma o negligenciado, o abandonado, a vítima. O que a Doutrina da Situação Irregular faz é colocar na mesma categoria crianças abandonadas, vítimas de maus-tratos, e infratores, todos num mesmo patamar de maneira que uma criança abandonada ou vítima de abuso pelos pais era considerada em situação irregular do mesmo modo que uma criança privada de saúde ou educação por inércia do Estado⁵⁶.

Tânia da Silva Pereira enfatiza que “por mais de dez anos, as decisões tomadas em nome da lei, tantas vezes arbitrárias, eram feitas de critérios subjetivos do Juiz, marcados pela discriminação, desinformação, ou ainda, pela falta de condições institucionais que melhor viabilizassem a apreciação dos conflitos⁵⁷.

A Doutrina da Situação Irregular, “previa assistência, proteção e vigilância aos menores somente em determinados casos, caracterizando-se como discriminadora, repressiva, autoritária e estigmatizante, na medida que só atingia alguns adolescentes”⁵⁸.

Exemplo disso, no artigo 5º do Código dispunha que “*na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado*”⁵⁹, ou seja, a atuação do Estado era total e absoluta, sobrepondo-se até mesmo ao poder familiar, a vida da criança e do jovem ficavam exclusivamente nas mãos do Juiz de menores.

Acentua Veronese que o Código de 1979,

Ao ter como alvo de atenção uma certa categoria de crianças e adolescentes que se encontravam em situação irregular, justificava-se como uma legislação tutelar. No entanto essa tutela enfatizava um entendimento discriminador, ratificava uma suposta “cultura” inferiorizada, pois implica no resguardo da superioridade de alguns, ou mesmo de grupos, sobre outros, como a história registrou ter ocorrido, e ainda ocorrer com as mulheres, negros, índios, homossexuais e outros⁶⁰.

Assim, o Código de Menores tratava de crianças e adolescentes como objetos de intervenção, pautado na Doutrina da Situação Irregular que distinguia as crianças e adolescentes

⁵⁶ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **Do avesso ao Direito**: da situação irregular à proteção da infância e da adolescência na América Latina. III Seminário Latino-Americano. Malheiros Editores: São Paulo, 1994. p. 37.

⁵⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. Ibidem. p. 12

⁵⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. Ibidem. p. 43.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Ibidem. Art. 5º.

⁶⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Paradigma da Proteção Integral**. Ibidem.

em duas categorias, a de “regular”, quais não eram “assistidas, protegidas e vigiadas”, e a de “irregular” que necessitavam dessa proteção, assistência e vigilância do Estado.

Custódio cita trecho da dissertação de Cleverton Elias Vieira, em que o autor trata da triste ironia que ocorreu no Brasil quando da implementação do Código de Menores em 1979 baseado na Doutrina da Situação Irregular, enquanto no mundo, no mesmo ano, as discussões internacionais giravam em torno de refletir sobre as condições da infância que resultou na aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989. Nas palavras do autor:

Enquanto o mundo começava a compreender que a criança não é mero objeto, mas pessoa que tem direito à dignidade, ao respeito e à liberdade, a legislação brasileira perpetuava a visão de que crianças e adolescentes se igualavam a objetos sem autonomia, cujos destinos seriam traçados pelos verdadeiros sujeitos de direitos, isto é, pelos adultos⁶¹.

Com tais características, a Doutrina da Situação Irregular foi um modelo imposto a infância em que a criança foi considerada durante todo o período de vigência do código, um objeto, violados seus direitos mais básicos e fundamentais, a criança ficava à margem da discricionariedade autoritária e repressiva do Estado e do juízo de menores que asseguravam práticas violentas contra crianças “em situação irregular”, ou seja, crianças que eram pobres⁶².

1.2.2. Estatuto da Criança e do Adolescente e a Doutrina da Proteção Integral

A Constituição Federal de 1988 incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro, em sede de norma constitucional, os princípios precursores da Doutrina da Proteção Integral, consolidados no artigo 227 do texto constitucional os direitos fundamentais à infância, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁶³

⁶¹ VIEIRA, Cleverton Elias. **A questão dos limites na educação infanto-juvenil sob a perspectiva da doutrina da proteção integral: rompendo um mito.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005, *In*: CUSTÓDIO, André Viana. *Ibidem*.

⁶² CUSTÓDIO, André Viana. *Ibidem*.

⁶³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Redação do art. dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm>. Acesso em 19.04.2018.

A Doutrina da Proteção Integral estampada no texto constitucional veio para atender as diretrizes constantes na Convenção Sobre os Direitos da Criança. Dessa forma, o Brasil adota uma postura protecionista e garantista, estabelecendo a proteção dos direitos da criança, agora como sujeitos de direitos.

Tânia da Silva Pereira explica que ser sujeito de direitos quer dizer que a criança e o adolescente deixam de ser tratados como objeto passivo e passam a ser, da mesma forma que os adultos, titulares de direitos juridicamente protegidos⁶⁴.

Veronese ilustra que a Lei 8.069/1990⁶⁵ foi elaborada sobre a concepção da Doutrina da Proteção Integral, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU, com base nos instrumentos internacionais de cunho universal⁶⁶.

Essa nova visão é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada e integral. O Estatuto reconhece seus destinatários como sujeitos de direitos, pessoas em condição especial de desenvolvimento e prioridade absoluta das famílias, da sociedade e do Estado. Proteção Integral significa amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e ao bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta, da qual irá fazer parte.⁶⁷

Portanto, o Estatuto rompe com a Doutrina da Situação Irregular anterior, deixando a criança e o adolescente de serem tratados como objetos e passam a ser titulares de direitos, inaugurando um novo paradigma de proteção da criança e do adolescente no Brasil, o Paradigma da Proteção Integral, garantindo à infância e à adolescência proteção normativa própria⁶⁸.

Segundo Danielle Maria Espezim dos Santos, ao contrário da posição de “menor” atribuída durante os Códigos de Menores, do Brasil Colônia e Império, a Proteção Integral ao reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos busca afastar as concepções anteriores de “coisificação” e de “invisibilidade” atribuídas a infância no processo histórico-social e jurídico brasileiro antecedente⁶⁹.

⁶⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. Ibidem. p. 15.

⁶⁵ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990, *In*: Vade mecum Saraiva. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. Ibidem. p. 44

⁶⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. Ibidem. p. 44.

⁶⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem. pp. 115-116.

⁶⁹ ESPEZIM DOS SANTOS, Danielle Maria. **Proteção Integral e Proteção Social de Crianças e Adolescentes: Brasil, Políticas Públicas e as Cortes Superiores**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017. p. 54.

Conforme observa Luís Fernando de França Romão, a nova lei revolucionou ao firmar a concepção da criança como sendo sujeito de direitos e a afirmação de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, revogando a legislação menorista contrária “materialmente com a Constituição de 1988, e desprezou conceitos como *situação irregular* e o estigmatizante termo *menor*”⁷⁰. O autor diz que neste momento de mudanças não seria mais suficiente medidas protetivas para uma classe específica de indivíduos, mas que a proteção deveria ser integral, abrangendo todas as crianças e adolescentes.

Veronese ressalta a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A construção de um novo ordenamento jurídico que se ocupasse seriamente dos direitos da infância e da adolescência era de caráter imprescindível, pois havia uma necessidade fundamental de que estes passassem da condição de *menores*, de semicidadãos para a de cidadãos, e mais, trouxe a grande possibilidade de construirmos o paradigma de sujeitos, em oposição a ideologia e de toda uma prática que coisificava a infância⁷¹.

Amaral e Silva argumenta que o Estatuto da Criança e do Adolescente implementou mais do que uma nova Justiça da Infância e da Juventude, mas instituiu o Estado democrático de direitos numa esfera onde esteve ausente desde a nossa formação histórica que é o direito da criança e do adolescente⁷².

Dessa forma, dispõe o Estatuto que crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e estende-se à infância e juventude a proteção integral, de forma que, o Estado assegure por lei ou por outros meios, todas as viabilidades a fim de garantir o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social das crianças e adolescentes em circunstâncias de liberdade e dignidade⁷³.

Segundo Miguel Moacyr Alves Lima o conceito sócio jurídico de Proteção Integral sanciona um novo lugar para crianças e adolescentes na sociedade, o autor diz que esse lugar é “o espaço da cidadania, entendido como o espaço de quem tem “direito a ter direitos”, ou de quem não pode mais ser visto como *feixe de carências*, mas deve ser considerado como *feixe de direitos*”⁷⁴.

⁷⁰ ROMÃO, Luís Fernando de França. **A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 89.

⁷¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Paradigma da Proteção Integral**. Ibidem. p. 34.

⁷² AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **A nova justiça da infância e da juventude**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente: estudos sóciojurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 93.

⁷³ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990, In: Vade mecum Saraiva. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁷⁴ LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese de doutorado em direito, Florianópolis, UFSC, 2001, p. 176.

O Estatuto da Criança e do adolescente é elaborado para comprometer o Estado, a família e toda a sociedade com a defesa dos direitos infantoadolescentes e a promoção das melhores condições para que ela se desenvolva num ambiente sadio e tenha todos os recursos necessários para uma infância digna.

O Estado por meio do Estatuto rompe o paradigma anterior em diversas esferas, pois estabelece novas regras e práticas judiciais, impondo aos operadores do direito da criança e do adolescente o trabalho voltado as normas e princípios constantes no Estatuto que priorizam o desenvolvimento saudável e integral de crianças e adolescentes⁷⁵.

A partir deste momento todos os direitos inerentes ao homem deverão ser aplicados as crianças e aos adolescentes, sempre levando em conta a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Além disto, as crianças e adolescentes tem direitos especiais que decorrem, exatamente, por pertencerem a uma categoria especial de pessoas em desenvolvimento e, ainda, ao fato de que não possuem pleno discernimento acerca de seus direitos, tampouco, condições de sozinhos defendê-los em casos de violações ou omissões.

O Estatuto demarca o início de uma fase histórica que tem por objetivo máxime a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, acarreta que os responsáveis respondam seriamente pela falta, abuso ou omissão destes direitos. Para a efetiva proteção e atuação no direito da criança, toda a estrutura do cumprimento dos direitos dos infantes, bem como a fiscalização são pautados na descentralização administrativa, impondo uma participação efetiva de toda a sociedade e demais atores sociais e institucionais, para que, juntamente, se criem políticas públicas adequadas e eficazes⁷⁶.

A infância é prioridade absoluta, exige-se da sociedade e do Poder Público a consideração especial de que a proteção ao direito da criança sobrepõe-se a quaisquer outros planos, com o objetivo central de zelar pelos seus direitos fundamentais tão árduos de serem conquistados. Assim, a proteção integral é uma maximização dos direitos fundamentais inerentes a toda pessoa, de modo que a proteção sempre acresça e jamais se admita a exclusão de direitos.

1.3 A PRIMAZIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1.3.1. Direitos fundamentais especiais a criança e ao adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

⁷⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Paradigma da Proteção Integral**. Ibidem. pp. 36-37.

⁷⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. Ibidem. p. 46.

As crianças e adolescentes são sujeitos de direitos fundamentais gerais e especiais, por se acharem na peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, encontram-se em situação de maior vulnerabilidade, o que enseja a criação de um modelo especial de garantias aptas a lhes permitirem desenvolver suas capacidades humanas em sua completude.

Por conseguinte, os direitos elencados na Constituição Federal são direitos fundamentais inerentes a todo ser humano e ao ser humano especial que são crianças e adolescentes. Decorrem tais direitos de um estruturamento completamente diferente dos direitos fundamentais dos adultos que apenas produzem obrigações de natureza omissa aos demais. Nos direitos fundamentais da criança são produzidas obrigações de natureza comissiva, constituídas pelo dever que tem o mundo adulto, ou seja, família, sociedade e Estado, em assegurar a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Explica Espezim dos Santos:

[...] sem dúvida, os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais em relação à totalidade da cidadania brasileira. Para além do rol de direitos fundamentais de todos os cidadãos e cidadãs do país, reconhece-se a um grupo, tendo em vista sua vulnerabilidade intrínseca, treze direitos especialmente regulamentados para a concretização efetiva e concreta de sua cidadania⁷⁷.

Nesse sentido os direitos fundamentais consolidados nos artigos 6º⁷⁸ e 227 da Constituição Federal, geram direitos subjetivos de intervenção obrigatória de atividades estatais, por conta disto, os direitos das crianças e adolescentes são pertencentes aos direitos de segunda dimensão, também chamados de direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem uma intervenção ativa do Estado⁷⁹.

Sobre o dever imposto ao Estado Veronese e Vieira esclarecem que,

[...] o Estado é devedor de obrigações positivas perante a criança e ao adolescente, obrigações que concernem, em especial, a assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a à convivência familiar e comunitária, além de pô-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão⁸⁰.

⁷⁷ ESPEZIM DOS SANTOS, Danielle Maria. Ibidem. p. 48.

⁷⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 09.07.2018.

⁷⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. **Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015. p. 123.

⁸⁰ Idem. Ibidem. p. 122.

Voltado a esse objetivo é que o Estatuto da Criança e do Adolescente se pauta na Proteção Integral, diferentemente da Doutrina da Situação Irregular que permeava o direito do “menor”, temos hoje uma afirmação dos direitos fundamentais em favor de toda e criança e adolescente, assegurando as melhores condições para seu desenvolvimento desde a vida intrauterina⁸¹.

1.3.1.1. O direito à vida e à saúde

A criança e o adolescente, como sujeitos de direitos, desfrutam de direitos fundamentais positivados na norma especial estatutária⁸². A primeira classe tratada pelo estatuto no Capítulo I é o Direito à Vida e à Saúde.

As normas estabelecem procedimentos gerais a serem adotados como “condição básica para que se realize plenamente a pessoa humana”⁸³, assegurados mediante a efetivação de políticas públicas não apenas para a criança, mas também das gestantes, pois desde a vida intrauterina o direito da criança é resguardado⁸⁴.

A gestante, de acordo com o estatuto, tem direito ao atendimento pré e perinatal; atendimento, preferencialmente, pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal; apoio alimentar; condições necessárias ao aleitamento materno; assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, aplicando-se todos os direitos, sem qualquer limitação, as mulheres que cumprem pena privativa de liberdade⁸⁵. Também os hospitais e estabelecimentos destinados à saúde da gestante são obrigados a manter o registro dos prontuários individuais das crianças até os dezoito anos.

Ishida discorre que tais direitos abrangem todas as classes econômicas do país e que a universalização desses direitos deve ser garantida pelo Sistema Único de Saúde – SUS, assegurando o acesso coletivo e igualitário à saúde da gestante, da criança e do adolescente⁸⁶.

⁸¹ ESPEZIM DOS SANTOS, Danielle Maria. Ibidem.

⁸² BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Ibidem. Título II – Dos Direitos Fundamentais.

⁸³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Volume 5. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. (Coleção resumos jurídicos) p. 21.

⁸⁴ Idem. Ibidem.

⁸⁵ Cabe a Poder Público propiciar as condições adequadas as gestantes e mães submetidas à medida privativa de liberdade e atender aos ditames constantes no Estatuto e na legislação, qualquer violação a esse direito é inaceitável e constitui ato abusivo de autoridade – o tema será tratada nos capítulos subsequentes.

⁸⁶ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente** - Doutrina E Jurisprudência - 17ª Ed. Salvador: Juspodivim. 2016, p. 49.

Dessa forma, o SUS tem a obrigação de promover programas de assistência médica e odontológica à crianças e gestantes⁸⁷, sendo indispensável a todas as crianças nos primeiros dezoito meses de vida atenção médica, com consultas pediátricas periódicas que acompanhem o desenvolvimento da criança e a utilização de instrumentos que detectem problemas que possam afetar o seu desenvolvimento psíquico⁸⁸.

1.3.1.2. O direito à liberdade, ao respeito e à dignidade

De acordo com Veronese⁸⁹ do disposto no art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, extrai-se o princípio da humanização. Para a autora humanização significa garantir o efetivo cumprimento dos direitos constitucionais fundamentais, orientados pela condição de pessoa em desenvolvimento. Portanto, o direito ao respeito e a dignidade no direito da criança representa a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, resguardando a sua imagem, identidade, autonomia, ideias e crença.

Quanto ao direito à liberdade, quer dizer, que a criança e o adolescente possuem direito de ir e vir; à opinião e expressão; liberdade de crença e de culto religioso; liberdade de brincar e divertir-se; participar da vida familiar e comunitária; participar da vida política, de acordo com o disposto na legislação; buscar auxílio e orientação⁹⁰.

Reconhecer o direito à liberdade à crianças e adolescentes quer dizer reconhecê-los como sujeitos de direitos, é o rompimento com todo aquele histórico de tratamento de crianças como mero objetos que precisavam ser contidos, é assegurar que a criança tem o direito de ser expressar e de requerer a efetivação de seus direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

1.3.1.3. O direito à convivência familiar e comunitária

O direito à convivência familiar, também, é de extrema importância, pois de nada adiantaria proporcionar todos os meios para criação da criança se ela não se der em um ambiente

⁸⁷ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Ibidem. Art. 14. § 2º. O Sistema Único de Saúde promoverá a atenção à saúde bucal das crianças e das gestantes, de forma transversal, integral e intersetorial com as demais linhas de cuidado direcionadas à mulher e à criança.

⁸⁸ Idem. Ibidem. Art. 14, § 5º, incluído pela Lei n. 13.438 de 2017.

⁸⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Ibidem. p. 22-23.

⁹⁰ Idem. Ibidem.

favorável. A autora Martha de Toledo Machado comenta sobre a relevância de ser criada no seio familiar para a criança:

Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz⁹¹.

Nessa esteira, Machado pontua que o direito à convivência familiar como direito fundamental cria uma escala de prioridades para a incidência da lei ao caso concreto, isso porque, é preferível a manutenção da criança na convivência de sua família natural, reduzindo o âmbito de discricionariedade do magistrado ao decidir sobre a suspensão ou destituição do poder familiar e a colocação em família substituta, segundo a autora a medida de suspensão ou destituição do poder familiar “é excepcional, já que implica quebra do direito de crianças e adolescentes de convivência com os pais, que configura o coração do direito fundamental de convivência familiar”⁹²

Dessa forma, consoante disposto no artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente “*a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar*”, do mesmo modo que, a condenação criminal dos pais não implica a destituição do poder familiar⁹³.

Logo, a colocação da criança em família substituta, seja por guarda, tutela ou adoção é medida excepcional, deve-se buscar meios e programas de apoio para que a destituição do poder familiar seja *ultima ratio*, sempre sob o ponto de vista do melhor interesse da criança.

Custódio discorre sobre a importância para a criança da convivência no ambiente familiar:

Sabe-se que o espaço de desenvolvimento e socialização primária é no ambiente familiar, daí o direito de amparar a prioridade à convivência familiar, evitando-se assim as tradicionais práticas de institucionalização em massa. Essa ideia rompe com práticas antigas, nas quais as crianças eram retiradas de suas famílias e colocadas à disposição de instituições oficiais sob a marca da caridade e da assistência⁹⁴.

Custódio explica que quando uma família não dispor de recursos materiais suficientes para garantir os cuidados necessários para seus filhos, não podem essas crianças serem duplamente penalizadas com a retirada de sua família por falta de recursos, “rompe deste modo

⁹¹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 162.

⁹² Idem. Ibidem. p. 165.

⁹³ Com a ressalva da hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha (art. 23, §2º da Lei 8.069/90).

⁹⁴ CUSTÓDIO, André Viana. Ibidem. p. 50.

com a ideia de que lugar de criança pobre não é na família, mas nas instituições oficiais, tal como era exercida no antigo modelo menorista”⁹⁵.

Para Custódio, nesses casos nasce uma responsabilidade subsidiária para o Estado, que deve garantir os recursos necessários para que a criança seja criada em seu ambiente familiar em condições dignas, mantendo a criança em sua família de origem e a inclusão dessa família em programas oficiais de auxílio, consoante o disposto no art. 23, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹⁶.

Acerca do auxílio que deverá prestar o Poder Público explica o Custódio:

Na verdade, atualmente nem se trata de mero auxílio, mas de proteção social ampla na concepção do direito humano à assistência social. Nesse sentido, os programas de apoio sociofamiliar são os responsáveis pela garantia plena deste direito. Se não oferecidos no município, resta a alternativa de exigí-los através de comunicação da violação do direito ao Conselho Tutelar, que providenciará requisição de serviço público; e não se satisfazendo a pretensão, resta recorrer ao sistema de justiça⁹⁷.

O objetivo dos programas de apoio sociofamiliar é destacar a importância da inclusão da família em programas que auxiliem na superação dos obstáculos que são vivenciados dentro do ambiente familiar, de modo a recompor o núcleo familiar da melhor maneira para que a criança tenha um desenvolvimento saudável dentro em sua família.

Nessa esteira, os programas sociofamiliares⁹⁸ devem buscar a superação das vulnerabilidades sociais que decorrem da pobreza; o fortalecimento dos vínculos familiares com a orientação da família, em especial os pais acerca de proteção e cuidado nas fases de desenvolvimento da criança, sustentando o diálogo com os filhos; devem dispor de orientação jurídica, se necessário.

Conforme o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência familiar e Comunitária,⁹⁹ a estruturação de programas

⁹⁵ Idem. Ibidem. p. 51

⁹⁶ Art. 23. § 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção.

⁹⁷ CUSTÓDIO, André Viana. Ibidem. p. 51.

⁹⁸ São programas que tem por objetivo acompanhar e orientar famílias, através da intervenção dos profissionais da área da Psicologia e Serviço Social, visando a sua autogestão e o suprimento de suas necessidades básicas (alimentação, moradia, saúde, educação, etc), tendo em vista a reorganização da dinâmica familiar para que sejam garantidos os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: SOUZA, Ellen Deola. **A Importância da Orientação e do Apoio Sociofamiliar no Âmbito Escolar**. Monografia (Bacharelado em Serviço Social) – Centro Sócio Econômico, Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2005. p. 38

⁹⁹ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência familiar e Comunitária. **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA** (coord.), elaborado pela Comissão Intersetorial para Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à

sociofamiliares e sua abrangência presume a existência de toda uma estrutura teórica-metodológica e um corpo técnico devidamente qualificado e quantitativamente bem determinado conforme as carências em cada território.

Uma equipe multidisciplinar é essencial para o apoio às famílias, de modo a vincular diferentes programas sociais, como saúde, moradia, educação, entre outros. É substancial a efetividade dos programas de apoio sócio familiar para a garantia do direito à convivência familiar e comunitária, para isso o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária estabelece que a consolidação de políticas públicas universais e de qualidade ocorrerá com a integração dos seguintes sistemas: Sistema Único de Saúde (SUS), o Sistema de Garantia de Direitos (SGD), Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e o Sistema Educacional¹⁰⁰.

1.3.1.4. O direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer

O direito à educação garante que a infância e juventude brasileira tenham uma educação pública e gratuita de qualidade, é um direito público subjetivo da criança e do adolescente e deve ser responsabilidade da família, sociedade e Estado.

Visa esse direito o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, para que possam exercer a sua cidadania, ter o direito a aprender e oportunidade de qualificação para o mercado de trabalho. Conforme a Constituição Federal abarca o direito à educação infantil, devendo o Poder Público fornecer creches ou entidades equivalentes, assim como, o ensino fundamental, médio e superior¹⁰¹.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre as normas disciplinadoras do direito fundamental à educação, entre elas é assegurado a toda criança e adolescente igualdade de condições para ingresso e permanência na escola e o acesso a escola pública e gratuita próxima à sua residência, além de garantir o direito dos pais a participação nos processos pedagógicos e propostas educacionais¹⁰².

1.3.1.5. O direito à profissionalização e à proteção no trabalho

Convivência Familiar e Comunitária. 2013. Recurso eletrônico. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf>. Acesso em 20.05.2018.

¹⁰⁰ Idem. Ibidem. p. 39.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Ibidem. Art. 208.

¹⁰² BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ibidem. Art. 53.

Com relação ao direito à profissionalização e à proteção no trabalho, estabelece o Estatuto como sendo de 16 anos a idade mínima para o adolescente começar a trabalhar, exceto na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, vedado o trabalho noturno, insalubre e perigoso a todos os menores de 18 anos, bem como, proíbe o trabalho em locais ou serviços prejudiciais ao desenvolvimento do adolescente e, ainda, exige a compatibilidade com a vida escolar.

Consoante Espetim dos Santos, o aspecto pedagógico deve sempre estar acima do produtivo, por isso é indispensável a vigilância dos direitos infantoadolescentes para que não se permita uma relação trabalhista acobertada, “pois, como se viu em outro momento, a vulnerabilidade e a instrumentalização/coisificação são fenômenos recorrentes e tem no trabalho infantil uma de suas piores manifestações”¹⁰³.

1.3.1.6. Sistema de garantias de direitos

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente precisam ser observados por toda a sociedade, exigindo o cumprimento das ações e políticas públicas ao Estado em casos de omissão¹⁰⁴.

De acordo com Miguel Moacyr Alves Lima, o bem-estar da criança e do adolescente, a proteção de seus direitos fundamentais e a satisfação de suas necessidades básicas de modo a favorecer ao seu pleno desenvolvimento é um compromisso jurídico exigido para com toda a sociedade¹⁰⁵.

Veronese e Vieira lecionam quanto a concretização dos direitos fundamentais:

A concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente somente será possível na medida em que não mais houver nenhuma discussão a respeito da ausência de recursos para a proteção dos direitos dessa população especialmente e prioritariamente tutelada. Deve-se rejeitar a afirmação de que algo é “impossível”, porque, na verdade, esconde um “não tenho vontade”, isto é, encobre a falta de vontade política do Estado para o seu cumprimento¹⁰⁶.

Assim sendo, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao dispor sobre os direitos fundamentais especiais não está elaborando meros comandos a serem seguidos, mas elabora e institui normas e diretrizes a serem seguidas e cumpridas, inclusive, podendo requerer coercitivamente do Estado o seu cumprimento.

¹⁰³ ESPEZIM DOS SANTOS, Danielle Maria. Ibidem. p. 134.

¹⁰⁴ LIMA, Miguel Moacyr Alves. Ibidem. p. 188.

¹⁰⁵ Idem. Ibidem.

¹⁰⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem. p. 137.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, editou a resolução 113/CONANDA/2006¹⁰⁷, que dispõe sobre os parâmetros para institucionalização e para o fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Firma o Art. 2º da resolução 113/CONANDA/2006:

Art. 2º Compete ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente promover, defender e controlar a efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, coletivos e difusos, em sua integralidade, em favor de todas as crianças e adolescentes, de modo que sejam reconhecidos e respeitados como sujeitos de direitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; colocando-os a salvo de ameaças e violações de quaisquer de seus direitos, além de garantir a apuração e reparação dessas ameaças e violações.

Desse modo o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente tem por finalidade defender os direitos infantoadolescentes contra violações ou ameaças e implantar instrumentos normativos de proteção, pautados nos direitos fundamentais e na primazia do direito da criança e do adolescente.

1.3.2. O princípio do superior interesse da criança

O Direito da Criança e do adolescente nasce conduzido pelo princípio do superior interesse da criança que reconhece a criança como pessoa em desenvolvimento especial carente de atenção e cuidados.

O princípio do superior interesse da criança aparece na normativa internacional na Declaração de Genebra de 1924 e em sequência na Convenção sobre os Direitos da Criança ao dispor que “*Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança*”¹⁰⁸. A inclusão do princípio passa a ser constante nos debates e normativas internacionais sobre direitos humanos.

Lima cita a presença do princípio do interesse superior da criança em diversos tratados internacionais de direitos humanos, com o preceito de que os estados-partes criem mecanismos

¹⁰⁷ CONANDA. RESOLUÇÃO 113, DE 19 DE ABRIL DE 2006. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e o fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/diversos/mini_cd/pdfs/Res_113_CONANDA.pdf>. Acesso 20.06.2018.

¹⁰⁸ ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança. Ibidem. Art. 3º. 1. Parte I.

e políticas a fim de assegurar que todas as decisões em torno das crianças sejam pautadas no interesse superior da infância¹⁰⁹.

O autor menciona a Convenção Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher¹¹⁰, na qual a educação familiar, a compreensão adequada da maternidade como função social e, o reconhecimento de que a educação e desenvolvimento dos filhos é uma responsabilidade comum do pai e da mãe, que sempre levarão em conta que “o interesse dos filhos é a consideração primordial em todos os casos”¹¹¹.

Lima diz que o princípio do interesse superior da criança encontra-se incorporado em vários documentos internacionais e atua como critério de interpretação e aplicação de direito, e, em documentos em que o princípio não encontre previsão expressa, ainda assim, os organismos supervisores devem se pautar nele e fiscalizarem o seu cumprimento¹¹².

Nas palavras de Lima:

Vale, pois, insistir naquilo que representa a grande inovação quando se fala na recepção do princípio do "interesse superior da criança" (e do adolescente) no sistema da Convenção e no Direito da Criança e do Adolescente: o seu caráter de princípio fundamental e seu sentido sócio jurídico verdadeiramente emancipatório. Este princípio é formataria da prevalência dos interesses de crianças e adolescentes. Deve ser interpretado e aplicado num contexto jurídico, social e político, que pressupõe o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos próprios. Estes direitos devem ser, necessariamente, critérios de política jurídica em sentido amplo, ou seja, devem atuar em todos os níveis da criação jurídica e da operacionalização do Direito da Criança e do Adolescente (legislativa, administrativa, judiciária, família, poder público, sociedade em geral etc.)¹¹³.

Por conseguinte, a instrumentalização do princípio presume uma análise de todos os demais conceitos presentes no ordenamento jurídico, da mesma maneira que, deve ser critério de políticas públicas e jurídicas, de modo que, a aplicação do direito da criança mantenha-se em harmonia com o interesse superior da criança.

Foi a Convenção Sobre os Direitos da Criança¹¹⁴, de acordo com Veronese e Vieira que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a concepção do interesse superior da criança e, ante

¹⁰⁹ LIMA, Miguel Moacyr Alves. Ibidem. p. 206.

¹¹⁰ O Brasil promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 20 de março de 1979, sob o Decreto Nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

¹¹¹ BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Art. 5-b da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso 20.04.2018.

¹¹² LIMA, Miguel Moacyr Alves. Ibidem. p. 207.

¹¹³ Idem. Ibidem. p. 209.

¹¹⁴ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 09.07.2018.

o paradigma da proteção integral, todas as decisões relacionadas a criança não mais seriam de acordo com o discurso das necessidades da criança, mas a partir do interesse superior da criança impõe compreender as crianças a partir de seus próprios interesses¹¹⁵.

Veronese e Vieira discorrem que apesar da pouca idade das crianças e adolescentes elas podem se expressar, como sujeitos de direitos essa classe de indivíduo tão especial é capaz de escolher e tem liberdade para expor sua opinião.

Isso porque, rompe-se com a concepção que permeava a Doutrina da Situação Irregular e passa-se a colocar a criança no centro, é importante o que é melhor para a própria criança e não apenas o que os adultos julgam ser como acontecia na Doutrina da Situação Irregular:

[...] O único interesse que prevalecia era o dos adultos por controlar e disciplinar a infância e a adolescência e, sob esse pretexto, criavam-se instituições assistenciais e tutelares que cerceavam o livre e saudável desenvolvimento das crianças e dos adolescentes¹¹⁶.

O reconhecimento da primazia dos direitos à criança e ao adolescente transportou o princípio da universalização, de acordo com esse princípio todos podem reivindicar e requerer uma atuação positiva pelo Estado para efetivar os direitos para todas as crianças e adolescentes.

Explica Custódio:

É nesse sentido que o Direito da Criança e do Adolescente encontra seu caráter jurídico-garantista, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, transformá-los em realidade objetiva e concreta.¹¹⁷

Inerente ao princípio do superior interesse da criança encontra-se o princípio da prioridade absoluta, adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para enfatizar a responsabilidade conjunta da sociedade, Estado e família em garantir a que seja proporcionado a toda criança seus direitos fundamentais e que sua concretização se dê com prioridade absoluta.

Assim dispõe o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

¹¹⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem. p. 140

¹¹⁶ Idem. Ibidem.

¹¹⁷ CUSTÓDIO, André Viana. Ibidem. p. 33.

Para além de servir como critério norteador no direito da criança, a prioridade absoluta exige uma verdadeira atuação positiva do Estado na elaboração de políticas sociais e públicas¹¹⁸.

De acordo com o parágrafo único do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente a garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Nesse sentido, os direitos fundamentais das crianças e adolescentes encontram-se em um patamar acima dos demais direitos, mas a prioridade absoluta não afasta os demais titulares de direitos fundamentais, apenas reafirma que prevalecem os direitos da criança e do adolescente em decorrência da especial situação de pessoas em desenvolvimento.

As autoras Veronese e Vieira destacam que a segurança e estabilidade na prevalência dos direitos foi possível com a prioridade absoluta constitucional, em saber que o melhor interesse da criança vem antes de quaisquer outros direitos, “após tantos anos em posição de objeto de direitos. É e sempre foi essa a intenção da Doutrina da Proteção Integral e de toda a trajetória internacional e nacional por que passou a proteção dos direitos infantoadolescentes”¹¹⁹.

É imperioso destacar que o princípio do interesse superior da criança gera discussões no âmbito jurídico, sobretudo quando se trata da aplicação do direito ao caso concreto. A autora Tânia da Silva Pereira alerta ao fato que o princípio do melhor interesse da criança, confere ao juiz um poder discricionário ilimitado, para decidir e fundamentar naquilo que ele julgar ser o melhor¹²⁰.

Nos conflitos em que envolverem crianças e adolescentes, é de ser decidido em favor do que for o melhor interesse da criança. Não pode ser interpretado como o que os tribunais discricionariamente entendem ser o melhor, mas em uma interpretação com base nos princípios e nas normas constitucionais e legais, de modo a evitar que decisões nos tribunais sejam fruto de valores pessoais dos magistrados e resultem em injustiças para as crianças por conta de poder discricionário vasto e sem limites¹²¹.

¹¹⁸ Idem. Ibidem. p. 35.

¹¹⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem. p. 136.

¹²⁰ PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Ibidem. p. 88.

¹²¹ Idem. Ibidem. p. 32.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é respaldado por princípios constitucionais que se revestem de determinações, normas que são verdadeiras exigências, logo, pode ser cobrada por qualquer pessoa e, insiste-se, deve ser cobrada.

O ordenamento jurídico brasileiro assumiu um compromisso ao ratificar a Convenção Sobre os Direitos da Criança, desse compromisso resultou uma norma imperativa que determina a participação da família, da sociedade e do Estado para garantir o melhor, e, com prioridade, para a infância e adolescência.

Assim, quando o magistrado se deparar com direitos infatoadolescentes envolvidos, deve seguir os preceitos da normativa construtiva de proteção à criança e ao adolescente, e decidir aquilo que for melhor para a criança de acordo com o estabelecido nas normas. Dessa forma, o próximo capítulo abordará a possibilidade da conversão da prisão preventiva pela domiciliar pautada no melhor interesse para a criança.

2 ENCARCERAMENTO FEMININO PREVENTIVO E SEUS REFLEXOS NA PROTEÇÃO À CRIANÇA

A prisão preventiva é uma medida cautelar que visa assegurar o regular andamento do processo. O Código de Processo Penal, também, prevê o instituto da prisão domiciliar, que nada mais é que a prisão preventiva cumprida no domicílio do acusado. Nesse sentido, o Código de Processo Penal no artigo 318 dispõe sobre as situações em que o magistrado poderá converter a prisão preventiva em domiciliar.

A Lei da Primeira Infância – Lei 13.257 de 2016 – alterou a redação do art. 318 do Código de Processo Penal e incluiu a possibilidade da substituição da prisão preventiva pela domiciliar nos casos em que a acusada for gestante, ou mãe com filhos de até doze anos incompletos ou com deficiência, ainda, ao acusado homem, quando for o único responsável por filhos nessas situações. O legislador ao editar a referida norma pautou-se no melhor interesse da criança nos primeiros anos de vida.

Assim, o capítulo tem por objetivo tratar das consequências que a não substituição da prisão preventiva pela domiciliar poderá acarretar à criança submetida ao encarceramento preventivo da mãe, para isso, em um primeiro momento será tratado sobre os institutos processuais da prisão preventiva e da prisão domiciliar, após, por meio de dados coletados será ilustrada a realidade do sistema prisional feminino e de que maneira esse ambiente afeta o desenvolvimento da criança.

2.1. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é disciplinada no Código de Processo Penal - CPP¹²², nos artigos 311 a 316, trata-se de uma medida cautelar, privativa de liberdade, que visa assegurar a garantia da aplicação da lei penal até a pronúncia da sentença. Pode ser decretada pelo juiz no curso da investigação preliminar ou da instrução criminal, desde que presentes os pressupostos para autorizar a medida, em decisão fundamentada, por juiz ou tribunal competente, após o requerimento expresso do Ministério Público ou representação da autoridade policial¹²³.

¹²² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Redação do artigo alterada pela Lei 12.403, de 2011, inciso IV alterado e V e VI incluídos pela Lei 13.257, de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso 04.06.2018.

¹²³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 646.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a prisão preventiva é por excelência de natureza cautelar e, apenas poderá ser decretada se estiverem presentes os elementos enumerados no art. 312 do Código de Processo Penal. Ademais, a possibilidade de prisão cautelar, efetuada antes da condenação definitiva, não afrontaria o princípio constitucional da presunção de inocência¹²⁴.

Para o autor, a medida que restringe a liberdade tem a função de garantir, de forma emergencial, a segurança pública e um processo mais eficiente e célere, de maneira que, o magistrado não poderia decretar a prisão preventiva de ofício em nenhuma situação, porquanto, a privação de liberdade é uma medida extrema o que exige um pedido da parte interessada e a devida justificação, entretanto, a jurisprudência permite que a prisão preventiva seja decretada de ofício no curso do processo e a atuação do magistrado na fase policial¹²⁵.

A decisão que opta pela prisão preventiva de acordo com Thiago Minagé “carrega em si uma carga exorbitante de dúvidas quanto ao alegado e decidido, justamente pela falta de aprofundamento do conteúdo fático da questão”¹²⁶. Isso porque, o magistrado realiza uma análise superficial, sumária das alegações e fatos para deliberar se há elementos suficientes para imposição da medida¹²⁷.

O questionamento maior se dá na atuação de ofício pelo magistrado, o legislador permite que o magistrado decrete a prisão preventiva na fase processual sem prévio requerimento¹²⁸. O autor Aury Lopes Jr. discorre sobre a atuação do juiz na fase investigativa. Para ele o legislador brasileiro ao permitir que a prisão preventiva seja decretada de ofício não possui discernimento suficiente e absorção das regras do sistema acusatório¹²⁹ constitucional e do próprio preceito da imparcialidade do juiz¹³⁰.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do

¹²⁴ Um dos princípios basilares do direito brasileiro, o princípio da presunção de inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 e dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4º ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 85-87.

¹²⁶ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 142.

¹²⁷ Idem. Ibidem.

¹²⁸ Jamais na fase de investigação, pois para haver conversão da prisão em flagrante em preventiva, no inquérito precisa do requerimento prévio.

¹²⁹ A Constituição Federal de 1988 define o modelo do processo penal acusatório, fundado nos princípios do contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, na igualdade de oportunidades no processo, possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição e demais regras do devido processo.

¹³⁰ LOPES JR., Aury. Ibidem. pp. 646.

inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia¹³¹.

Nessa esteira, no momento em que o juiz, de ofício, decreta a prisão preventiva, está agindo exatamente de modo contrário ao que se espera do juiz no sistema acusatório que prescreve a imparcialidade do juiz natural.

Para decretação da prisão preventiva o Código de Processo Penal nos artigos 312 e 313, prescrevem requisitos que devam estar presentes para que o magistrado possa decretar a medida cautelar.

2.1.1. Requisitos para decretação da prisão preventiva

Para que o juiz profira ordem de prisão preventiva é necessário a análise das provas e indícios constantes nos autos, para que, em decisão fundamentada, decrete a prisão preventiva como medida cautelar. A decisão deve ser devidamente fundamentada com a menção a presença dos requisitos para a imposição da medida.

O Código de Processo Penal estabelece requisitos essenciais, que são requisitos autorizadores da medida e, após, impõe a observância dos requisitos processuais.

2.1.1.1. Requisitos essenciais

Antes da análise dos requisitos processuais específicos da prisão preventiva é necessário analisar os requisitos essenciais autorizadores, que são *o fumus commissi delicti* e *o periculum libertatis*¹³², que serão explicados a seguir.

O *Fumus Commissi delicti* é requisito essencial para da prisão preventiva, exigindo para sua decretação a presença de prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, ou seja, que exista materialidade de delito, elementos e indícios suficientes de que a conduta criminosa foi praticada por aquela pessoa, impondo ao magistrado realizar um juízo de probabilidade.

Segundo Thiago Minagé:

É necessário, portanto, fixar o juízo de probabilidade dessa cognição sumária, a fim de se evitar os abusos com que vem sendo utilizada a prisão preventiva

¹³¹ Idem. Ibidem. pp. 646-647.

¹³² MINAGÉ, Thiago. Ibidem. p. 144.

– uma verdadeira forma antecipatória dos efeitos da condenação violadora de garantias constitucionais¹³³.

Então, o *fumus commissi delicti*, ou “fumaça da existência de um crime” significa um juízo de probabilidade, não juízo de certeza. Essa probabilidade realizada deve ser razoável, isto é, uma suspeita bem fundada, com um grande grau de probabilidade de que o investigado tenha cometido o crime.

Esse requisito requer a presença de sinais externos, baseados em provas externas concretas, retiradas dos atos investigatórios realizados por meio de um raciocínio lógico, neutro e desinteressado que possibilite concluir que a prática do delito foi cometido pelo indiciado¹³⁴.

Lopes Jr. faz uma interpretação das lições de Francesco Carnelutti, em que o autor analisa o requisito do *fumus commissi delicti*¹³⁵.

Para ele, dizer que é necessário a presença de “indícios suficientes”, na realidade não significa nada, afinal o que seria indícios suficientes, já que ausentes indícios suficientes nem mesmo uma investigação seria iniciada. Então, posto que em sede de cautelar não se fala em juízo de certeza, o autor distingue juízo de probabilidade e juízo de possibilidade para uma melhor elucidação:

Existe possibilidade em lugar de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes. O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa. Para o indiciamento, seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que no curso do processo deve o Ministério Público provar de forma plena, robusta, a culpabilidade do réu. Já para a denúncia ou queixa ser recebida, entendemos que deve existir probabilidade do alegado. A sentença condenatória, ainda que seja um ato de convencimento do juiz, somente se legitima quando calcada em um alto grau de probabilidade. Caso contrário a absolvição é imperativa¹³⁶.

Seguindo essa lógica, para a decretação da prisão preventiva o magistrado deve visualizar a probabilidade, ou seja, um *fumus commissi delicti* rígido, quer dizer a predominância das razões positivas¹³⁷ e a ausência de razões negativas.

¹³³ MINAGÉ, Thiago. Ibidem. p. 144.

¹³⁴ LOPES JR., Aury. Ibidem. p. 648.

¹³⁵ Idem. Ibidem.

¹³⁶ Idem. Ibidem. p. 648-649.

¹³⁷ Para Carnelutti os requisitos positivos do delito significam prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável, não podendo existir aparência de que existam causas de exclusão da ilicitude ou culpabilidade.

Assim, o juiz irá analisar todos os elementos que compõem o tipo penal¹³⁸, “deve existir uma fumaça densa de que a conduta é aparentemente típica, aparentemente ilícita e aparentemente culpável”¹³⁹

O Ministério Público, ao fazer ao fazer o pedido de decretação de prisão preventiva, juntará aos autos as provas suficientes que evidenciem a probabilidade da autoria e materialidade do delito, para que, o magistrado ao decretar ou não acolher o pedido possa fundamentar a decisão.

Ainda, a prisão preventiva traz como requisito essencial o *periculum libertatis*, como fundamento da decisão que decreta a prisão preventiva, consistente no perigo para o andamento e eficácia do processo¹⁴⁰.

Consequentemente, para justificar a medida cautelar deve existir um amedrontamento de risco ao desenvolvimento do processo penal ou frustração da aplicação de uma provável pena. Pode-se citar como exemplos, o perigo de fuga do indiciado, a possibilidade de ocorrer ocultação de uma prova, pode também ser fundamento a provável reiteração criminosa da conduta e, ainda, o legislador permite fundamentar na gravidade do delito.

Dessa forma, a prisão preventiva só pode ser admitida quando concorrerem o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, ou seja, a existência fundamentada e concreta de razões aptas a justificar a medida restritiva de liberdade, quando uma menos gravosa não se mostrar suficiente.

2.1.1.2. Requisitos processuais

Os requisitos processuais específicos estão elencados nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal - CPP¹⁴¹, estabelecendo o legislador a possibilidade da decretação da preventiva

¹³⁸ Conduta humana voluntária e dirigida a um fim, presença de dolo ou culpa, resulta natural, nexos causal entre a conduta e o resultado, tipicidade da conduta, ilicitude e culpabilidade.

¹³⁹ LOPES JR., Aury. Ibidem. p. 650.

¹⁴⁰ MINAGÉ, Thiago. Ibidem.

¹⁴¹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, IV – (revogado).

como garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal; para assegurar a aplicação da lei penal; quando ocorrer o descumprimento de qualquer das obrigações impostas por conta de outras medidas cautelares, e, restringem-se as hipóteses de cabimento da preventiva aos crimes dolosos, cuja pena prevista em abstrato ultrapasse o patamar de 4 anos; reincidência dolosa e violência doméstica e familiar.

2.1.1.2.1. Garantia da ordem pública

Para Lopes Jr., o requisito de garantia da ordem pública é o fundamento preferido do magistrado ao fundamentar a decisão de decretação da prisão preventiva. Explica o autor que é vago e indeterminado o conceito de garantia da ordem pública e na maioria das vezes é definido como sinônimo de clamor público e comoção social e, ainda, como credibilidade das instituições, porque se não houver a medida penalizadora o Estado não tem força, não combate ao crime, “A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor”¹⁴².

A prisão preventiva, assim como qualquer medida cautelar no processo penal destina-se a assegurar a eficácia do procedimento definitivo, garantir o funcionamento da justiça mediante o devido processo. Por conseguinte, as medidas cautelares são ferramentas aptas a satisfação da justiça. Lopes Jr. conceitua como “instrumento a serviço do instrumento processo”, sendo a característica básica das medidas cautelares a instrumentalidade qualificada, pois se destinam a servir ao processo de conhecimento¹⁴³.

O autor diz que apenas o que for verdadeiramente cautelar é constitucional, então as prisões preventivas decretadas com fundamento na garantia da ordem pública são inconstitucionais, porquanto, transforma-se uma ferramenta processual em verdadeira medida de polícia, fundamentando indevidamente em ordem pública e paz social.

Do mesmo modo é fundamentar a garantia da ordem pública no clamor público, naqueles casos em que a mídia dá maior ênfase e induz a opinião pública, acaba por manipular o sistema de justiça, criando sentimento de vingança popular, esquecendo dos requisitos e aplicando a medida privativa de liberdade por conta do clamor público.

Nas palavras do autor:

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando não houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

¹⁴² LOPES JR., Aury. Ibidem. p. 651.

¹⁴³ Idem. Ibidem. p. 662.

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo¹⁴⁴.

Para a prisão ser cautelar ela deve visar a tutela do processo, a eficácia da aplicação da justiça, possuindo o juiz a cautela de observar o princípio da legalidade e taxatividade, pois não é admitido interpretação extensiva do conceito de prisão cautelar, por esse motivo que a garantia da ordem pública para fundamentar a prisão cautelar preventiva é inconstitucional, não se está tutelando o processo e a Justiça, mas sim transformando a prisão preventiva em instrumento de segurança pública¹⁴⁵.

2.1.1.2.2. Garantia da ordem econômica

O fundamento da garantia da ordem econômica foi incorporado ao art. 312 do CPP por meio da Lei n. 8.884/1994¹⁴⁶. Prescreve o fundamento legal que deve ser decretada a prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem econômica quando a conduta realizada pelo investigado afeta a tranquilidade e paz da ordem econômica.

A Justiça cuida do direito de propriedade e consequentemente da ordem econômica, por isso que os atos praticados contra a ordem econômica são atos praticados do mesmo modo contra a ordem jurídica¹⁴⁷.

No entanto, somente se considera atos contra a ordem econômica aqueles em que o tipo penal está descrito na legislação, não se admitindo interpretações extensivas. Portanto, não cabe fundamentar como ofensivos à ordem econômicos delitos que não estejam tipificados no Código Penal.

2.1.1.2.3 Conveniência da instrução criminal

Ocorre quando a liberdade do imputado é um perigo para o normal desenvolvimento do processo. São aquelas situações em que o investigado provoca embaraços à investigação, como

¹⁴⁴ Idem. Ibidem. p. 664.

¹⁴⁵ Idem. Ibidem. p. 665.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Revogada pela Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso 10.05.2018.

¹⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 53.

por exemplo, falar com testemunhas, intimidar o juiz, entre outras situações que atrapalham e dificultam a colheita de provas.

Aury Lopes Jr. defende que existem diversas outras maneiras e ferramentas que assegurem a coleta de provas e o regular andamento da instrução criminal, “com um custo (social e para o imputado) infinitamente menor que o de uma prisão cautelar”¹⁴⁸.

Serve então a prisão preventiva para assegurar o regular e eficaz andamento do processo penal. Entretanto, tendo em vista o estigma que provoca uma prisão, é indispensável analisar se ela é realmente necessária. Desse modo, não se pode justificar uma prisão preventiva, por tempo indeterminado, por conta da lentidão do Estado em apurar os fatos.

2.1.1.2.4. Assegurar a aplicação da lei penal

É o fundamento utilizado quando existe um risco de que o imputado fuja, impossibilitando a aplicação da lei penal.

O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo). O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas. Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos¹⁴⁹.

Para decidir o magistrado fará um estudo da realidade fática e probatória dos autos. Não pode criar teorias sem nexos com a realidade, deduzindo que o imputado vai fugir, ou que continuará a delinquir.

Ao fundamentar a decisão é imprescindível um juízo probó, ponderado, alicerçado nas provas produzidas durante o processo, que consequentemente evidenciem a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.¹⁵⁰

2.1.1.2.5. Em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

As medidas cautelares diversas à prisão estão descritas no art. 319 do CPP, impondo a observância de todas as condições dispostas

¹⁴⁸ LOPES JR., Aury. Ibidem. p. 672.

¹⁴⁹ Idem. Ibidem. p. 653.

¹⁵⁰ Idem. Ibidem. p. 653.

[...] mesmo em caso de descumprimento de algumas das condições decorrentes da medida cautelar diversa é fundamental o juiz atentar para a proporcionalidade no momento da modificação/revogação, pois, dependendo do caso, a situação pode ser igualmente tutelada sem que se recorra a prisão preventiva. Daí por que deve sempre preferir a cumulação de medidas ou adoção de outra mais grave, reservando a prisão preventiva como *ultima ratio* do sistema¹⁵¹.

As medidas cautelares em sua maioria vão realizar para fins processuais os mesmos efeitos da prisão preventiva, com o proveito de não submeter o imputado às máculas que a prisão preventiva que causa o consequente adiantamento da pena.

2.1.1.2.6. Crime doloso com pena privativa de liberdade máxima for superior a 4 anos

Somente é cabível a prisão preventiva nos crimes dolosos em que a pena máxima seja superior a 4 anos. Ainda, o inciso II do art. 313 do CPP diz que “*se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado*”¹⁵².

Lopes Jr. fala que esse dispositivo ocorre em flagrante *bis in idem*, na medida que optou o legislador brasileiro em estigmatizar o reincidente. Decretar a prisão preventiva, tão somente baseado no fato de ser o indiciado reincidente é violação da garantia de presunção de inocência, do princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, criando consequentemente uma presunção de culpabilidade do indiciado por conta de sua reincidência¹⁵³.

2.2. CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR

A prisão domiciliar é disposta no art. 317 do CPP, foi introduzida no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.403/2011¹⁵⁴ e consiste no recolhimento do acusado em seu domicílio, podendo dele se ausentar apenas com autorização judicial, é aceita como medida cautelar, anterior a condenação definitiva do acusado.

A prisão cautelar cumprida em domicílio, resguarda o acusado preso preventivamente do ambiente carcerário, o respeito à sua integridade física e moral, e, as mulheres, garantem que

¹⁵¹ Idem. Ibidem. p. 654.

¹⁵² Idem. Ibidem.

¹⁵³ Idem. Ibidem. p. 656.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm>. Acesso 27.05.2018

passem a gestação com condições dignas, livres das mazelas dos presídios, bem como poupar as crianças dessa realidade.

Para Guilherme de Souza Nucci, a prisão domiciliar é uma maneira alternativa de cumprimento da prisão preventiva, ao invés de manter o preso provisório em cárcere fechado, ele fica recolhido em seu domicílio¹⁵⁵.

O art. 318 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de substituição da medida privativa de liberdade em cárcere, pelo recolhimento do acusado em sua residência até que haja a condenação definitiva. Para isso o legislador elencou as situações em que o magistrado pode realizar a substituição, nestes termos:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante;

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados de filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único: Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo¹⁵⁶.

O *caput* do artigo diz que o juiz “poderá” substituir a prisão preventiva pela domiciliar, o que significa ser facultado ao magistrado quando entender aplicar a substituição. No entanto, essa faculdade não pode estar submetida tão somente ao arbítrio do juiz, senão o princípio da legalidade e da imparcialidade do juiz natural estariam sendo constantemente feridos. Então, se o acusado tem a sua prisão preventiva decretada e preenche um dos requisitos elencados no art. 318 do CPP, desde que não haja motivos para crer que o recolhimento domiciliar irá frustrar a aplicação da pena, o juiz pode estabelecer a medida¹⁵⁷.

O magistrado fará um juízo valorativo utilizando a ponderação que se mostre adequada, necessária e suficiente para o caso em concreto, e, se o magistrado opta pela não substituição essa decisão deve fundamentadamente expor os motivos pelo qual não poderá ser aplicada.

Ainda sobre o *caput*, é preciso elucidar que a substituição mencionada na verdade não é uma substituição propriamente dita, ora, o acusado que tem sua prisão preventiva imposta por

¹⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*. p. 117.

¹⁵⁶ BRASI. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - **Código de Processo Penal**. Redação do artigo alterada pela Lei 12.403, de 2011, inciso IV alterado e V e VI incluídos pela Lei 13.257, de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso 04.06.2018.

¹⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 777.

força dos requisitos do art. 312 do CPP e preenche também um dos incisos do 318 do CPP, não deixa de estar cumprindo pena privativa de liberdade de natureza preventiva, justificada pelos pressupostos da prisão preventiva, nesse sentido destaca Nucci que “a prisão domiciliar não possui condições e elementos próprios; ela é apenas uma forma de cumprimento da prisão preventiva”¹⁵⁸.

Por outro lado, a prisão domiciliar não pode servir de desculpa para a morosidade do processo:

Tanto não se altera a natureza jurídica da prisão domiciliar, constituindo modalidade nítida de prisão cautelar, que se submete aos princípios da duração razoável da prisão cautelar e da proporcionalidade. Não se deve manter o acusado preso indefinidamente, somente porque se encontra em prisão domiciliar.¹⁵⁹

A prisão cautelar domiciliar, substitutiva da prisão preventiva, será cumprida em domicílio, ou seja, não vai o magistrado substituir uma modalidade de prisão, porque a prisão domiciliar não é um novo instituto, mas o cumprimento da preventiva em um local diverso da prisão. Devem ser respeitados os princípios da duração razoável da prisão cautelar e da proporcionalidade, restringindo cautelarmente a liberdade do acusado preso preventivamente, sem, todavia, inseri-lo no sistema carcerário e as mazelas que ele comporta, tendo em vista as condições pessoais enumeradas no art. 318 do CPP.

2.2.1. O tema na Lei da Primeira Infância

A Lei 13.257 de 2016¹⁶⁰ é de grande importância no avanço de conquistas no Direito da Criança e do Adolescente. Reafirma o princípio basilar do melhor interesse da criança já disciplinado na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

A lei traz mudança significativas para o tratamento conferido a criança nos primeiros anos de vida e institui o Marco Legal da Primeira Infância. Para os efeitos da lei é considerada primeira infância o período dos primeiros seis anos completos ou setenta e dois meses de vida

¹⁵⁸ Idem. Ibidem. p. 778.

¹⁵⁹ Idem. Ibidem. p. 115.

¹⁶⁰ BRASIL. Lei n. 12.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012 *In: Vade mecum Saraiva*. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

da criança. É nesse período que a criança desenvolve suas capacidades cognitivas, emocionais e sociais, sendo mister que as conexões cerebrais da criança sejam devidamente estimuladas para ocorrer um desenvolvimento completo¹⁶¹.

Essa etapa na vida das crianças é marcada por diversos processos de desenvolvimento, por óbvio as crianças são influenciadas, sobretudo, pela realidade na qual estão inseridas, pelos estímulos que recebem e pelos vínculos afetivos e familiares que vivenciam, é exatamente por esses fatores que a primeira infância deve ser a fase a receber uma proteção especial¹⁶².

Os cuidados com a criança nos primeiros anos de vida e a estimulação precoce exercem uma função importante no desenvolvimento emocional, cognitivo e social. É parte da avaliação integral da saúde da criança manter o vínculo dela com a família, com os serviços de saúde, propiciando oportunidades de abordagem para a promoção da saúde, amamentação, alimentação complementar, de hábitos de vida saudáveis, vacinação, prevenção de doenças e agravos e provendo o cuidado em tempo oportuno¹⁶³.

É indispensável proporcionar a criança todos os meios para um desenvolvimento saudável e completo, porquanto é uma fase tão importante na vida da criança, fase que possui o condão de moldar quem será aquele futuro adulto.

Por conta disto, a Lei 13.257 de 2016¹⁶⁴ estabelece uma série de diretrizes a serem seguidas pelos órgãos do Poder Público, com foco em políticas públicas, projetos educacionais, apoio familiar e conscientização da comunidade.

A Lei da Primeira Infância¹⁶⁵ reafirma o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente a fim de assegurar a Proteção Integral:

Art. 3º A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral¹⁶⁶.

O ditame legal da prioridade absoluta em assegurar os direitos fundamentais da criança impõe ao Estado o dever de elaborar as políticas públicas que visem garantir o desenvolvimento

¹⁶¹ Idem. Ibidem. Art. 2º.

¹⁶² MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Desenvolvimento da Primeira Infância**. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-para-voce/saude-da-crianca/acoes-e-programas/desenvolvimento-da-primeira-infancia>>. Acesso em 29.05.2018.

¹⁶³ Idem. Ibidem.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei n. 12.257, de 8 de março de 2016. Ibidem.

¹⁶⁵ Idem. Ibidem.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei n. 12.257, de 8 de março de 2016. Ibidem.

integral da criança, quer dizer, o olhar será sempre o de atender ao interesse superior da criança, sem qualquer distinção, aniquilando qualquer forma de discriminação ou violência contra a criança.

O artigo 5º da Lei 13.257 de 2016¹⁶⁷ estabelece que são prioritárias para as políticas públicas da primeira infância as áreas que envolvem saúde, a alimentação e a nutrição, bem como, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente¹⁶⁸.

O direito em comento, é voltado a proteção da criança, fundamentado em todas as garantias estabelecidas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e a primazia absoluta do direito da criança.

Dessa forma, a Lei da Primeira Infância faz alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶⁹, no Código de Processo Penal¹⁷⁰, na Consolidação das Leis do Trabalho¹⁷¹, na Lei n.11.770 de 2008¹⁷² que disciplina o Programa da Empresa Cidadã e a Lei n. 12.662 de 2012¹⁷³ que regula a expedição e declaração de nascimento.

As alterações preocupam-se em promover a saúde da criança desde a vida intrauterina, de modo que assegura todas as condições necessárias para uma gestação tranquila e saudável, como o acompanhamento médico, serviços de assistência e apoio à maternidade e equipe médica voltada aos cuidados da criança na primeira infância. Estabelece que as disposições se aplicam igualmente as mulheres privadas de liberdade, pois o que se visa é o bem-estar da criança.

As alterações no âmbito do Código de Processo Penal, buscam do mesmo modo assegurar a assistência e proteção dos filhos das pessoas que sofrem a perseguição do Estado. Com a alteração do art. 318 do CPP é cabível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar

¹⁶⁷ BRASIL. Lei n. 12.257, de 8 de março de 2016. Ibidem.

¹⁶⁸ Idem. Ibidem.

¹⁶⁹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990, In: Vade mecum Saraiva. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁷⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Redação do artigo alterada pela Lei 12.403, de 2011, inciso IV alterado e V e VI incluídos pela Lei 13.257, de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso 04.06.2018.

¹⁷¹ BRASIL. Decreto lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 09.07.2018.

¹⁷² BRASIL. Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm. Acesso em: 09.07.2018.

¹⁷³ BRASIL. Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo - DNV, regula sua expedição, altera a Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12662.htm. Acesso em: 09.07.2018.

de gestantes, mãe com filhos de até doze anos e do pai, quando for o único responsável pelos cuidados da criança.

Veronese e Saleh tratam do tema e discorrem que apesar do avanço a possibilidade da prisão domiciliar se dá apenas aquelas pessoas presas cautelarmente, as que já possuem condenação infelizmente continuam a vivenciar as mazelas do encarceramento:

A alteração prevista pelo Estatuto da Primeira Infância está adstrita às hipóteses de prisão preventiva. Infelizmente, diante do ordenamento jurídico brasileiro atual, ainda não se pode pensar numa alternativa à pena privativa de liberdade enfrentada por grávidas, mães, ou pais, o que poderia – e muito – ajudar na efetivação de direitos das crianças e dos adolescentes. Mas essa alteração representa, sim, uma mudança positiva para a área do Direito da Criança e do Adolescente. Desse modo, percebe-se que, ao menos, uma das alterações legislativas previstas pelo Estatuto da Primeira Infância possibilitará em efetiva melhoria de vida para os nascituros e para as crianças que tiverem seus pais aprisionados, possibilitando-lhes, a partir da prisão domiciliar dos pais, uma vida compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷⁴.

O Ministro Gilmar Mendes no julgamento do *Habeas Corpus* 131.760/SP¹⁷⁵, com pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de uma gestante, proferiu:

Não obstante a gravidade do delito, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários com o seu nascimento e futura fase de amamentação, cruciais para seu desenvolvimento¹⁷⁶.

É incontestável a importância da presença materna para o bem-estar da criança e a possibilidade do cumprimento da prisão preventiva em domicílio já é garantia de direitos mais humanitários, resguardando a criança das mazelas do cárcere.

2.3. A MATERNIDADE NO CARCÉRE

¹⁷⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; SALEH, Nicole Martignago. Direito da Criança e do Adolescente e os Impactos do Estatuto da Primeira Infância. XIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL - Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Santa Cruz do Sul – Rio Grande do Sul. **Anais eletrônicos**, 2016. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp>>. Acesso 25.06.2018.

¹⁷⁵ HC 131760/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 02.02.2016. Órgão Julgador: Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28131760%2E+OU+131760%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zcm8ekd>>. Acesso em 29.05.2018.

¹⁷⁶ Idem. Ibidem.

O sistema penitenciário brasileiro causa uma dupla penalização para o condenado, além do cumprimento da pena propriamente dita o preso vive num ambiente lamentável, com condições de saúde e higiene precárias e desumanas durante a vivência no cárcere. Atrelado a esses fatores existe o pensamento social de que a prisão é o único meio de punir, o pleito da população por políticas mais repressivas e a ideia de que as medidas alternativas a prisão constitui meios inúteis que servem para o aumento da criminalidade e vadiagem¹⁷⁷.

Conforme enfatizam Veronese e Vieira, no universo prisional a pena é mais estigmatizante e punitiva para a mulher. Recai na mulher presa uma carga muito maior de penalização que lhe é atribuída pela sociedade, e apesar de todo o preconceito que sofre a mulher delinquente, aquela que está grávida ou tem filhos sente de maneira mais intensa e psicológica o desemparo e rejeição¹⁷⁸.

Também, sofrem violência verbal e psíquica, praticadas por vezes pelos agentes de saúde e pelos agentes penitenciários, as mulheres presas são vítimas de desrespeito aos seus direitos mais básicos e sofrem humilhações. É exemplo disso, o uso de algemas em enfermarias e até mesmo durante o trabalho de parto, em que é recomendado a mulher fazer a deambulação¹⁷⁹ para facilitar o nascimento do bebê¹⁸⁰.

A gravidez e a maternidade que são socialmente vistos como algo demasiado especial, agarrada a ideia do amor materno, a dádiva da maternidade, não é visto dessa mesma forma com aquela mulher criminosa, privada de liberdade, apontam as autoras que “os julgamentos sociais tendem, na média, a considerar as mães encarceradas como mães de *má qualidade*”¹⁸¹.

O encarceramento feminino é marcado pelo abandono no cenário penitenciário, porquanto a maior parte da população carcerária é composta por homens. Segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - INFOPEN de junho de 2016, haviam 726.712 mil pessoas presas¹⁸², sendo a população feminina de 42.355 mil mulheres¹⁸³, o que

¹⁷⁷ LEAL, César Barros. Mulheres em situação de prisão: olhar mais humano e seriedade. **Revista Jurídica Consulex**. N. 364, 15 de março de 2012, p. 30-31.

¹⁷⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem. p. 13.

¹⁷⁹ Livre movimentação da gestante em trabalho de parto para melhor desempenho nessa ocasião. In: Dicionário online de português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/deambulacao/>>. Acesso em 09.07.2018.

¹⁸⁰ LEAL, Maria do Carmo et al. **Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil**. **Revista Ciência & saúde coletiva** [online]. 2016, vol.21, n.7, p. 2068. Disponível em: <<http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/nascer-na-prisao-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil/15596>>. Acesso em 22.06.2018

¹⁸¹ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem. p. 170.

¹⁸² Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Mulheres - 2º Edição/ organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.]. - Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/>>. Acesso em 30.05.2018.

¹⁸³ População prisional feminina no sistema penitenciário: 41.087; nas secretarias de segurança/carceragens de delegacias: 1.268. Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, junho/2016. IBGE, 2016.

denota que a estrutura dos presídios e políticas públicas de saúde e convívio familiar, em geral, são pensadas para a população masculina.

O INFOPEN de junho de 2016, apontou que a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para o público masculino, os resultados mostram que 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, e 7% ao público feminino e os outros 16% são caracterizados como mistos - significa que podem conter celas ou alas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de uma prisão originalmente masculina¹⁸⁴.

Falta estrutura adequada para comportar gestantes, lactantes e proporcionar o convívio das mães com seus filhos no ambiente prisional, é uma total ausência de políticas públicas básicas para atender as necessidades das mulheres e filhos e contínuas violações de seus direitos e dos direitos da criança submetida a essa realidade.¹⁸⁵

Os estabelecimentos em que a estrutura prisional e os serviços foram originalmente formulados para o público masculino, ainda que adaptados para o aprisionamento feminino, são incapazes de atender as especificidades de serviços e espaço que precisam as mulheres¹⁸⁶.

De acordo com a Lei de Execução Penal¹⁸⁷ as penitenciárias femininas devem ser dotadas de espaços para mulheres gestantes e parturientes, creches para abrigo dos filhos cuja mãe é a única responsável, espaço para o aleitamento no ambiente prisional e para o convívio com os filhos, além de equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher e das crianças¹⁸⁸, mas na prática os estabelecimentos não detêm estrutura e as questões de gênero são simplesmente ignoradas.

Para Veronese e Vieira existem direitos contrapostos na realidade prisional brasileira, pois, não se pode negar o convívio da mulher presa com seus filhos, nem o da criança com a mãe, tampouco se pode privar o direito de a mãe amamentar o próprio filho, nem o das crianças em receber do aleitamento materno.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN – Atualização - junho/2016. IBGE, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 30.05.2018.

¹⁸⁵ BALERA, Fernanda Penteado. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Prisão e Maternidade. **Revista Jurídica Consulex**, n. 364, Brasília, 2012, p. 33-35.

¹⁸⁶ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a Soberania da Lei e o Chão da Prisão: A Maternidade Encarcerada. **Revista Direito Gv**, São Paulo 11 (2). pp. 525-546. JUL-DEZ 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf>>. Acesso 20.06.2018.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, *In*: **Vade mecum Saraiva**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁸⁸ Art. 89 da Lei de Execução penal acrescentado pela Lei n. 11.942 de 2009 para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

¹⁸⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. *Ibidem*. p. 188.

Ainda, conforme dados do INFOPEN de junho de 2016, apenas 14% das unidades prisionais femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil. Destas, somente 3% possuem espaço para creche¹⁹⁰.

Diante da ausência de espaços e berçários:

[...] força a criança em período de lactação a ocupar espaços físicos dentro ou fora dos estabelecimentos penais que são indignos, insalubres e/ou violentos, ou seja, absolutamente incompatíveis com os direitos e interesses dessa criança. A omissão do Estado obriga a submissão dessa criança às condições de encarceramento da mãe, aprisionando-a e violando totalmente seus direitos e interesses¹⁹¹.

As consequências da falta de estrutura atingem a criança durante todo o período em que permanece com a mãe no ambiente carcerário, desde o útero até os primeiros anos de vida. Segundo as autoras “o ambiente uterino não é local isento às misérias do ambiente carcerário, podendo ser afetado das mais diversas formas, com repercussões graves na saúde física e mental da criança que vai nascer”¹⁹²

O cadastro de dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹⁹³ de grávidas e lactantes no sistema prisional, contava em janeiro de 2018 com 740 presas gestantes ou amamentando nas unidades prisionais do país, desse número 240 mulheres presas são lactantes e 500 estão grávidas dentro dos presídios¹⁹⁴.

Como uma forma de auxiliar o Estado no tratamento as mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras de forma humanitária importa destacar a importância das Regras de Bangkok¹⁹⁵. O documento internacional visa incentivar os Estados

¹⁹⁰ Levantamento nacional de informações penitenciárias - INFOPEN Mulheres. Ibidem.

¹⁹¹ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem

¹⁹² Idem. Ibidem. p. 177.

¹⁹³ CNJ. Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes. Disponível em <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa>. Acesso em 27.05.2018.

¹⁹⁴ De acordo com o CNJ é a primeira vez que é detalhada as informações sobre gestantes e lactantes submetidas ao sistema prisional. Justifica com essa ferramenta o acompanhamento do judiciário com a situação das mulheres e seus filhos submetidos ao sistema prisional brasileiro. Os dados de mulheres em prisão domiciliar não constam no cadastro. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cadastro do CNJ registra 685 mulheres grávidas ou lactantes presas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86323-cadastro-do-cnj-registra-685-mulheres-gravidas-ou-lactantes-presas>>. Acesso em 09.07.2018.

¹⁹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok:** Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso 30.05.2018.

a adotarem medidas alternativas ao aprisionamento feminino, levando em consideração o interesse superior da criança.

Nos moldes do documento, aborda de forma detalhada e humana a maternidade no cárcere, ressaltando que a questão de gênero precisa ser debatida para evitar o cometimento de violações aos direitos humanos das mulheres encarceradas, especialmente, nas questões de saúde e higiene pessoal específica das mulheres, bem como, acomodações específicas para o tratamento das reclusas grávidas e lactantes¹⁹⁶.

As Regras de Bangkok fornecem uma série de medidas para serem implementadas pelos Estados a fim de garantir que seja proporcionado a mãe e a criança criarem laços, observando o interesse superior e a vulnerabilidade da criança que necessita de cuidados constantes, as mulheres presas deverão permanecer, sempre que possível, reclusas em penitenciárias próximas a sua família, facilitando todos os meios para o contato com os filhos, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse da criança, sempre preferíveis as penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e com filhos¹⁹⁷:

Regra 64. Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado¹⁹⁸.

Nana Queiroz em sua obra “*Presos que menstruam. A brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras*”¹⁹⁹ visitou diversas penitenciárias femininas e retratou a triste realidade do sistema carcerário brasileiro, chama a atenção para os casos, não incomuns, em que a mulher é presa provisoriamente e permanece na prisão indefinidamente, sem julgamento, “*Camila já estava presa há cinco anos e três meses, então a sentença devia ser só um detalhe*”²⁰⁰. Ainda nas palavras da autora:

[...] a prisão preventiva, que, em geral, deveria levar alguns meses, durante os quais ocorreriam as investigações ou o julgamento. As duas medidas

¹⁹⁶ A regra 47 do documento dispõe que sempre que possível devem ser tomadas medidas para que o parto ocorra num hospital civil, e, se a criança nascer na prisão não deve constar essa informação no respectivo registro de nascimento.

¹⁹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ibidem.

¹⁹⁸ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok:** Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Ibidem. p. 35.

¹⁹⁹ QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** A brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

²⁰⁰ Idem. Ibidem. p. 31.

privativas de liberdade são indicadas para casos de crimes graves muito específicos, para impedir que o apenado fuja, continue praticando o delito ou interfira nas investigações. No Brasil, nem sempre é o que acontece. Como as penas, a estadia nesses locais deve ser temporária, segundo a lei brasileira. Isso porque as cadeias públicas e distritos policiais não têm estrutura de saneamento básico para manter muitas pessoas e, na maioria dos casos, tampouco têm camas, produtos de higiene, atendimento médico ou trabalho disponível para ocupar a mente, ajudar na ressocialização e na remissão da pena. Nas penitenciárias, a muitas unidades, inclusive, impõem dificuldades, como limitar o número de crianças por visita. Além de impedir que os filhos encontrem a mãe todos juntos, em algumas situações a visita nem sequer acontece porque o responsável pelas crianças não tem com quem deixar os filhos que não entrarão²⁰¹.

Também a autora relata a história de Gardênia²⁰², presa já em estágio avançado de gravidez, quatro dias depois de chegar na prisão a pressão emocional e as más condições adiantaram o parto em dois meses. Gardênia ao pedir socorro por conta da dor das contrações, teve a resposta de que não tinha viatura disponível, o que não é incomum nas penitenciárias nacionais²⁰³.

Entre uma contração e outra, ela foi observando a rua, as pessoas que olhavam o carro com medo, com curiosidade, com hipocrisia. A ninguém importava Gardênia ou o bebê que carregava. Eles eram o resto do prato daquela sociedade. O que ninguém quis comer. E seu filho já nascia como sobra²⁰⁴.

Gardênia não pôde segurar seu filho depois do nascimento, mas graças à bondosa médica que fez o seu parto ela teve a sorte de não ter sido algemada durante, mas logo em seguida foi algemada a cama novamente, no relato de Gardênia:

— Tem mulher que até dá à luz algemada na cama. Como se ela pudesse levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse levantar, qualquer policial com uma perna só andaria mais rápido que ela²⁰⁵.

Nana Queiroz relata que no berçário do presídio tinha cento e dez mulheres em um espaço para um pouco mais de quarenta, “assim, pariu hoje de manhã, já recebeu alta no mesmo dia, e estava ali, dormindo no chão. E o bebê no chão junto com ela, claro”²⁰⁶.

²⁰¹ Idem. Ibidem. p. 103.

²⁰² Segundo a autora por questões de segurança, os nomes das mulheres entrevistadas são todos fictícios.

²⁰³ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a Soberania da Lei e o Chão da Prisão: A Maternidade Encarcerada. **Revista Direito Gv**, São Paulo 11 (2). pp. 525-546. JUL-DEZ 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf>>. Acesso 20.06.2018.

²⁰⁴ Idem. Ibidem. p. 40.

²⁰⁵ Idem. Ibidem. p. 41.

²⁰⁶ QUEIROZ, Nana. Ibidem. p. 42.

A prisão preventiva não pode servir de instrumento para antecipar os efeitos da condenação, no caso das mulheres gestantes e mães os efeitos transcendem a pessoa delas e atinge as crianças, que são inocentes e jamais deveriam viver essa realidade²⁰⁷.

Ana Gabriela Mendes Braga retrata a intranscendência da penalização para as crianças:

As puérperas na Penitenciária do Butantã, ainda que em regime semiaberto, ficam confinadas no espaço com seus bebês em regime de “24 por 48 [horas]”, como relatou Lucinéia, com uma hora de banho de sol por dia. Nesse sentido, Marina, outra presa entrevistada pela equipe, ressaltou: “quando a gente tá na rua tem coisa pra fazer, roupa pra lavar, comida pra fazer. Aqui não tem nada, é 24 horas cuidando do bebê ou vendo coisa inútil na televisão”, e completou, ainda, “nesse ambiente a gente é isolada – tô privando meu bebê de muita coisa – ainda bem que tem essa árvore bonita aqui na janela”. Depois de um tempo de conversa retomou o isolamento e reforçou sua angústia: “a gente fica aqui sem contato com ninguém – parece bicho!”²⁰⁸

[...] nascida na prisão, de mãe e pai presos. Por volta dos 4 anos, ao deixar a prisão uma noite, de carro, na companhia das religiosas, ela se espanta ao olhar para o céu. **Apesar da idade, Luiza era uma menina que não conhecia as estrelas, recolhida na cela todo dia às 17 horas – horário da “tranca” na prisão –, não conhecia o céu à noite, assim como não conhecia cachorro, árvore, carro, homem, rua, e tantas coisas do mundo.** “grifo da autora”²⁰⁹.

Veronese e Vieira sustentam que a execução penal feminina da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro não tem condições de promover a Proteção Integral da Criança no estabelecimento penal, diversas são as violações de seus direitos mais básicos e fundamentais²¹⁰.

O magistrado ao analisar o pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar deve se pautar nos direitos da criança, deixando de lado todo o estigma referente aos antecedentes da mãe e argumentos como o de garantia da ordem pública.

O autor Denílson Feitosa esclarece que no sentido processual quando a liberdade de alguém acarreta perigo para a ordem pública a prisão preventiva é o meio para a sua garantia, é uma presunção de que o encarceramento da pessoa irá evitar o perigo que a sua liberdade causaria para a ordem pública²¹¹.

A questão é que em sua maioria os crimes cometidos pelas mulheres são aqueles que servem como complemento de renda, como o tráfico de drogas, conforme enfatiza Braga:

²⁰⁷ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Ibidem. pp. 534-535.

²⁰⁸ Idem. Ibidem.

²⁰⁹ Idem. Ibidem. p. 536.

²¹⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem. p. 284.

²¹¹ FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal** – Teoria, Crítica e Práxis. ed.6ª. Niterói: Impetus, 2009. p. 854.

O perfil da população prisional no Brasil é basicamente um: pessoas pobres, pouco escolarizadas e, em sua maioria, negras. As mulheres não diferem desse perfil, ao contrário, são presas ainda mais fáceis do sistema de justiça criminal devido ao papel que ocupam no tráfico de drogas, o crime que mais prende mulheres hoje no Brasil²¹².

O INFOPEN mulheres registou que de modo geral os crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes correspondem a 62% (sessenta e dois por cento) das incidências penal pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016, “o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico”²¹³. Dos dados coletados, 74% (sessenta e quatro por cento) das mulheres privadas de liberdade têm filhos²¹⁴, que, não raras vezes enfrentam a dor do aprisionamento juntamente com suas mães.

Sobre o tema destacam Veronese e Vieira:

O aprisionamento da mãe acarreta consequências inevitáveis aos filhos, tornando qualquer proposta idealizada de proteger os direitos dessa criança uma quimera longínqua da efetividade de seus direitos e interesses, revelando-se apenas mais um discurso bonito, sem conteúdo prático de efetiva Proteção Integral ao ser em desenvolvimento²¹⁵.

A possibilidade da substituição da prisão preventiva pela domiciliar deve se pautar na Proteção Integral da Criança, e somente nela. Os avanços trazidos pela Lei da Primeira Infância²¹⁶ decorrem da proteção da integridade física e emocional da criança e da gestante.

A alteração no Código de Processo Penal foi imposta para adequar a legislação com o compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil com a normativa internacional protetiva dos Direitos da Criança e das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras – Regras de Bangkok²¹⁷. Todas essas circunstâncias devem ser objeto de adequada ponderação por parte do magistrado.

²¹² BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Ibidem. p. 539.

²¹³ Levantamento nacional de informações penitenciárias - INFOPEN Mulheres. Ibidem. p. 53.

²¹⁴ Idem. Ibidem. p. 51.

²¹⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Ibidem. p. 226.

²¹⁶ BRASIL. Lei 13.257, de 8 de março de 2016. Ibidem.

²¹⁷ As Regras de Bangkok não possuem força vinculativa, no entanto, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 126.107/SP, os Estados-membros, incluindo-se o Brasil, reconhecem “a necessidade de estabelecer regras de alcance mundial em relação a considerações específicas que deveriam ser aplicadas a mulheres presas e infratoras (...) foram elaboradas para complementar, se for adequado, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), em conexão com o tratamento a mulheres presas ou alternativas ao cárcere para mulheres infratoras”. In: HABEAS CORPUS 126.107 SÃO PAULO RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA, Julg: 08/01/2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Henri/Downloads/texto_292124537.pdf>. Acesso em: 09.07.2018.

Entender que a prisão se constitui medida excepcionalíssima, tal como preceitua a legislação, e optar pela possibilidade da conversão da prisão preventiva pela domiciliar e de medidas cautelares diversas da prisão, especialmente quando visar o interesse maior da criança, é mais um passo na construção de uma normativa protetiva.

O Supremo Tribunal Federal ampliou esse passo com o julgamento do Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP julgado em fevereiro de 2018, onde foi concedida a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres em condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade que estejam sujeitas a prisão preventiva no Brasil.

Assim, o terceiro capítulo abordará o julgamento do Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP e seus reflexos no Direito da Criança e do Adolescente e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça Catarinense.

3 O HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143/641/SP

O Habeas Corpus Coletivo n. 143/641/SP, julgado em 20 de fevereiro de 2018, versou sobre a conversão da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional. Impetrado por advogados membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos – CADHu, em favor de todas as mulheres que ostentem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade que estejam sujeitas a prisão preventiva no Brasil e, em favor das próprias crianças.

Caracterizada a necessidade de adoção urgente de medidas voltadas ao equacionamento das gravíssimas violações aos direitos fundamentais das mulheres presas cautelarmente e de seus filhos mesmo após o advento da Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016, que institui o Marco Legal da Primeira Infância e alterou o art. 318 do Código de Processo Penal - CPP. Atrelado aos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que passaram a conceder a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar quando a paciente possui filhos menores de 12 anos de idade ou em condição de gestantes²¹⁸.

O terceiro capítulo abordará as discussões acerca do *habeas corpus* coletivo n. 143/641/SP, os dados e informações evidenciadas no processo e o voto da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, elucidando os argumentos de direito pelos quais o benefício foi concedido, e a aplicação pelos Tribunais após o precedente firmado, ao final, a repercussão legislativa do julgamento.

3.1. APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES PRECEDENTEMENTE AO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 143/641/SP

²¹⁸ O primeiro precedente posterior a alteração do art. 318 do CPP pela Lei da Primeira Infância do STJ foi de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, levando em consideração tão somente o requisito objetivo para concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar de uma mulher presa preventivamente mãe de dois filhos menores de idade: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. MÉRITO. RECEPÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS REFORÇADOS PELO LAUDO DO CONSELHO TUTELAR. PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DAS CRIANÇAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (HC 342.890/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016). “grifo da autora”.

Conforme discutido no capítulo anterior a prisão preventiva antes do trânsito em julgado da condenação, submete a mulher ao confinamento em estabelecimentos que retira-lhes o acesso a programas de saúde, sendo inexistentes ou insuficientes os estabelecimentos prisionais com estrutura para fornecer condições aceitáveis de higiene e assistência razoável a mulher gestante, puérpera e as próprias crianças que estão em situação de confinamento com suas mães, que são privadas de todo o necessário para um desenvolvimento adequado.

Decretar a prisão preventiva da mulher sob o fundamento da garantia da ordem pública e do grau de periculosidade da agente constitui ato ilegal, que, infelizmente, foi praticado de maneira constante pelo Poder Judiciário brasileiro. Em contrapartida o Supremo Tribunal Federal – STF, já havia decidido antecedentemente ao advento da Lei da Primeira Infância, no sentido da substituição da prisão preventiva pela domiciliar de mulheres gestantes e lactantes, um tema enfrentado pela corte já há alguns anos segundo o Ministro Gilmar Mendes.²¹⁹

O Ministro Ricardo Lewandowski discorre ter se mostrado oportuna a promulgação da Lei 13.257/2016²²⁰ que acrescentou os incisos IV e V ao artigo 318 do Código de Processo Penal - CPP, fazendo referência à justificação do projeto de lei, qual afirmava em primeiro lugar o objetivo de estabelecer maior harmonia entre a legislação e o significado do período da existência humana que vai do início da gestação até o sexto ano de vida e a relevância dos primeiros anos na formação humana e na preparação das estruturas afetivas, sociais e cognitivas que dão o suporte de toda a vida adulta e tornam uma infância mais saudável e feliz.²²¹

No Habeas Corpus – HC n. 130/125/SP, preliminar ao Marco Legal da Primeira Infância, a concessão do benefício pautou-se na garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor:

Extrai-se do conteúdo probatório que a paciente, ao ser presa em flagrante delito, estava grávida e passou por toda a gestação detida preventivamente. Em 4.6.2015, deu à luz, encarcerada, à criança de nome Luiz Felipe de Oliveira dos Santos, que se encontra recolhida junto com a mãe por ainda estar em fase de amamentação.

É cediço que o texto constitucional assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação e enfatiza a proteção à maternidade e à infância. (arts. 5º, inciso L, e 6º, *caput*).

²¹⁹ MENDES, Gilmar. Maternidade livre, direitos efetivados — O Habeas Corpus coletivo 143.641. **Revista Consultor Jurídico**, 7 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/observatorio-constitucional-maternidade-livre-direitos-efetivados-hc-coletivo-143641>>. Acesso em: 10.06.2018. O Ministro cita os seguintes julgados em que atuou como relator: HC 134.104/SP; HC 134.069/DF; HC 133.177/SP; HC 131.760/SP; HC 130.152/SP; HC 128.381/SP; HC 142.593/SP; e HC 142.279/CE.

²²⁰ BRASIL. Lei 13.257, de 8 de março de 2016. Ibidem.

²²¹ Justificativa do Projeto de Lei n. 6998/2013 transformado na Lei ordinária 13.257/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836>>. Acesso em 10.06.2018.

Assim, objetivando efetivar o direito acima mencionado, entendo que outras medidas alternativas à constrição cautelar devam ser adotadas.

A concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar do menor, principalmente, por estar em fase de amamentação, crucial a seu desenvolvimento²²².

Após a alteração do art. 318 do Código de Processo Penal o Supremo Tribunal Federal em diversos casos passa a conceder a ordem de substituição da prisão preventiva pela domiciliar fundamentada nas hipóteses trazidas pela Lei da Primeira Infância e na prioridade do bem-estar da criança. Extrai-se do *habeas corpus* 133.177/SP²²³:

[...] a Lei 13.257, de 8 de março de 2016, elenca, de forma taxativa, as hipóteses que autorizam a concessão da prisão domiciliar no caso em apreço, observa-se que, no momento desta impetração, a paciente já se encontrava em estágio avançado de gravidez (oitavo mês) e presa em estabelecimento inadequado a sua condição (Penitenciária Feminina de Junqueirópolis/SP), em total desrespeito aos direitos constitucionais acima citados (ausência de atendimento médico). **Não obstante as circunstâncias em que foi praticado o delito, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar do menor, como também do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários em seu nascimento e na futura fase de amamentação, crucial para seu desenvolvimento.** “grifo da autora”

O primeiro precedente posterior a alteração do art. 318 do CPP pela Lei da Primeira Infância do Superior Tribunal de Justiça – STJ, foi de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, levando em consideração tão somente o requisito objetivo para concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar de uma mulher presa preventivamente mãe de dois filhos menores de idade:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. MÉRITO. RECEPÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS REFORÇADOS PELO LAUDO DO CONSELHO TUTELAR. PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DAS CRIANÇAS.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. **ORDEN CONCEDIDA DE OFÍCIO.** (HC 342.890/SP, Rel. Ministro REYNALDO

²²² STF. HC 130152, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

²²³ STF. HC 133177, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016) – “grifo da autora”.

Igualmente, pautado no interesse maior da criança e do disposto na Lei da Primeira Infância foi a decisão no HC n. 134.734/SP de relatoria do Ministro Celso de Melo, consoante fragmentos do voto:

No caso ora em exame, a paciente demonstrou **possuir filha que se acha em sua primeira infância** (Lei nº 13.257/2016, art. 2º), **contando com apenas 18 (dezoito) meses de idade, situação essa que legitima a incidência, na espécie, do art. 318, inciso V, do CPP, na redação dada pela Lei nº 13.257/2016**. Cumpre assinalar, no ponto, que a aplicabilidade da norma legal que venho de referir, introduzida no Código de Processo Penal pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257, de 08/03/2016), também encontra raízes em importante documento internacional a que o Brasil se vinculou, política e juridicamente, no plano externo.

[...] O legislador nacional, ainda que de modo incompleto, buscou refletir no plano processual penal o espírito das Regras de Bangkok, fazendo-o mediante inovações introduzidas, pela Lei nº 13.257/2016 (art. 41), no Código de Processo Penal, especialmente em seus artigos 6º, 185, 304 e 318, e, também, na Lei de Execução Penal (artigos 14, § 3º, 83, § 2º, e 89, com as alterações estabelecidas pela Lei nº 11.942/2009). Ao disciplinar a prisão domiciliar, o Brasil, atuando no plano doméstico, promulgou legislação – a Lei nº 12.403/2011 [...]

[...] Vale enfatizar, de outro lado, que a benignidade desse tratamento dispensado às prisões cautelares de mulheres nas condições que venho de referir é também justificada pela necessidade de conferir especial tutela à população infanto-juvenil, notadamente às crianças, em ordem a tornar efetivos os compromissos que o Brasil assumiu não só perante a sua própria ordem constitucional, mas, também, no plano internacional, ao subscrever a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, cujo texto foi incorporado, formalmente, ao sistema de direito positivo interno de nosso País pelo Decreto presidencial nº 99.710, de 21/11/1990.

[...] O fato inquestionável, portanto, é um só: o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção integral aos direitos da criança, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis. (STF, HC n. 134.734/SP, Relator Ministro Celso de Melo. Julg. 04/04/2017). - Grifo do original.

Nos julgados utiliza-se como fundamentação o princípio da fraternidade, alicerce para a concessão do benefício à mulher gestante ou mãe, por significar o referido princípio objetivo do texto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com o compromisso de reduzir desigualdades e promover o bem de todos, sem qualquer forma de

discriminação²²⁴. Impõe um tratamento igualitário na obtenção da Justiça e na dignidade da pessoa humana que não pode ser condicionada a tratamento degradante, cruel e desumano.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca diz que o princípio da fraternidade é um resgate constitucional e deve ser concretizado no âmbito penal, através da Justiça restaurativa, do atendimento aos direitos humanos e no modo de aplicar o direito penal, sendo a Lei da Primeira Infância²²⁵ uma expressão desse resgate constitucional de igualdade e bem-estar social, buscado para todos submetidos à ordem jurídica constitucional.

Descreve o Min. Reynaldo Soares da Fonseca o princípio da Fraternidade:

- a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.
- b) O princípio da fraternidade é um macro princípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º).
- c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional²²⁶.

Os Tribunais Superiores se pautam nas Regras de Bangkok²²⁷ que expressamente prevê a necessidade de adoção de alternativas ao encarceramento, especialmente pelas especificidades de gênero e pela priorização do direito da criança atingida pela privação de liberdade da mãe.

²²⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²²⁵ BRASIL. Lei 13.257, de 8 de março de 2016. Ibidem.

²²⁶ Voto no HC 403.473/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017. p. 13-14.

²²⁷ HC 136408, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 05/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 16-02-2018 PUBLIC 19-02-2018; HC 142279, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 17-08-2017 PUBLIC 18-08-2017; HC 142593, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 11-10-2017 PUBLIC 13-10-2017; HC 445.037/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018; RHC 92.700/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018; AgRg no HC 411.446/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 01/06/2018;

Conforme as regras de números 57 e 58 do documento internacional, Regras de Bangkok²²⁸, os países membros devem adotar dentro do sistema jurídico penas/medidas adequadas e proporcionais às mulheres infratoras, e desenvolver ações despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, levando em consideração o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado. A regra 58 prescreve que nenhuma mulher será separada de sua família e comunidade sem que se considere seus laços familiares e que “formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível”²²⁹. É nessa perspectiva que se manifesta as alterações legislativas introduzidas pela Lei da Primeira Infância em conformidade com os princípios e diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, o entendimento em sede de pedido liminar no HC 420.762/SP²³⁰, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

[...] Por evidente que a nova redação do artigo 318 do Código de Processo Penal, dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), veio à lume com o fito de assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo, do qual fazem parte o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), dentre outros. 4. Quando a presença de mulher for imprescindível a fim de prover os cuidados a filho menor - in casu, uma menina de seis anos de idade -, cabe ao magistrado analisar acuradamente a possibilidade de substituição do carcer ad custodiam pela prisão domiciliar, legando a medida extrema às situações em que elementos concretos demonstrem claramente a insuficiência da inovação legislativa em foco. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificando a liminar outrora deferida, a fim de substituir a segregação preventiva da paciente pela prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal, ficando a cargo do

²²⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

²²⁹ Regra n. 58. Idem. Ibidem.

²³⁰ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ANTERIOR WRIT JULGADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PATENTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE GENITORA DE CRIANÇA COM SEIS ANOS DE IDADE, QUE NECESSITA DE SEUS CUIDADOS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (STJ - HC: 420757 SP 2017/0267404-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 28/11/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2017).

Magistrado singular a fiscalização do cumprimento do benefício, com a advertência de que a eventual desobediência das condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição preventiva²³¹.

No julgado foi um pedido de substituição da custódia cautelar pela domiciliar de uma mulher presa por ter em sua casa 2 quilos de maconha e uma pistola 9mm, mãe de uma menina de cinco anos que dependia exclusivamente da mãe para sobreviver, a Ministra fundamentou o voto nas Regras de Bangkok, na Lei da Primeira Infância e na Proteção Integral e de ofício concedeu a ordem.

Também o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados fundamentou na importância de atendimento a posição principal que tem a Doutrina da Proteção Integral em nosso ordenamento jurídico, ao princípio da prioridade absoluta da criança, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 227 da CF/88 e nas normativas internacionais²³².

3.2 DOS FUNDAMENTOS PARA IMPETRAÇÃO DO HABEAS CORPUS

O Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos – CADHu, em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou com filhos com até 12 anos de idade sob sua responsabilidades e também das crianças vitimadas por tais situações, foi um instrumento de caráter geral, que de acordo com o CADHu foi medida necessária após o impacto do caso da ex-primeira dama do Estado do Rio de Janeiro, em que a prisão preventiva de Adriana Ancelmo foi decretada no plano da operação Calicute do Ministério Público Federal²³³ e em seguida substituída por prisão domiciliar²³⁴. Segundo o CADHu, “o episódio, que poderia simplesmente indicar a correta aplicação da lei, expôs a enorme seletividade do sistema de justiça, que mantém as demais mulheres gestantes, puérperas

²³¹ HC 420.762/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017.

²³² HC 136.408/SP, julgado em 05/12/2012, relator: Ministro Marco Aurélio; de relatoria do Ministro Gilmar Mendes: HC 142.279/CE, julgado em 20/06/2017, HC 142.593/SP, julgado em 20/06/2017, HC 134.104/SP, julgado em 02/08/2016 e HC 131.760/SP de 02/02/2016.

²³³ Íntegra da operação disponível em: [http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/calicute/view]. Acesso em 12.06.2018.

²³⁴ Decisão da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, nos autos da Ação Penal 0509503 57.2016.4.02.5101.

ou mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade no encarceramento”²³⁵.

Ante o argumento da seletividade do sistema judiciário nacional e da dificuldade que enfrentam diversas presas provisórias no acesso aos órgãos jurisdicionais requereu o CADHu a admissibilidade da impetração coletiva do HC.²³⁶

O STJ já vinha concedendo diversos pedidos de conversão da prisão preventiva pela domiciliar em análise de casos concretos, porque não conceder então um benefício coletivo a pessoas com casos similares e garantir um maior acesso à Justiça.

3.2.1 Uma política de estigma e de desproporção no encarceramento preventivo feminino

O *habeas corpus* em sua modalidade coletiva se mostra um remédio demasiado eficaz, ao contrário de decidir individualmente, a abrangência do modelo coletivo tem uma extensão que possibilita o judiciário atender de maneira efetiva as lesões ao direito de locomoção de um grupo com o mesmo perfil. Ademais é manifesto que os Tribunais estão abarrotados de processos e continuamente são violados os direitos humanos da população carcerária mediante o uso indiscriminado pelo Poder Judiciário de prisões cautelares que constantemente excedem o tempo em que o apenado deveria ficar recolhido²³⁷.

A política criminal recorre à prisão preventiva como principal resposta ao conflito com a lei, essa política alcança, indubitavelmente, os mais vulneráveis, “de uma política de drogas, cuja rigorosa legislação, apesar de formulada em termos neutros e abstratos, atinge as mulheres draconianamente, reforçando sua vulnerabilidade e a de sua família”²³⁸.

²³⁵ CADHu. Petição inicial HC 143.641/SP, p. 3-4 Peças processuais disponíveis em: <<https://www.dropbox.com/sh/02a5t7702eq5t83/AACgQrke3PaMYzrJtuxHmFV5a?dl=0>>. Último acesso em 22.06.2018.

²³⁶ O Habeas Corpus está previsto no Art. 5º, inciso LXVIII da CF/88, “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

²³⁷ GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico n. 49** – janeiro/junho de 2017, p. 4.

²³⁸ CADHu. Petição inicial HC 143.641/SP. Ibidem. p. 9.

De acordo com dados do INFOPEN Mulheres²³⁹ as mulheres encarceradas são predominantemente jovens, negras, mães e responsáveis por sustentar a família, presas em sua enorme maioria pelo envolvimento com o tráfico de drogas²⁴⁰.

O CADHu escreve que as mulheres presas por tráfico de drogas²⁴¹ são ligadas a atividades periféricas, mormente são “buchas, mulas, aviões, vapores, cúmplices, fogueteiras²⁴²”, muitas são presas em flagrante quando abordadas na revista vexatória em dias de visita a estabelecimentos penais²⁴³. Relata o CADHu que:

[...] o envolvimento das mulheres no uso e tráfico de drogas reflete seu déficit em oportunidades econômicas e status político. Quando se engajam em atividades ilícitas são relegadas às mesmas posições vulneráveis que pavimentaram o caminho deste engajamento. Quando alvos da perseguição penal, deparam-se com um sistema judiciário que desacredita seus testemunhos e com a atribuição de penas ou medidas cautelares que negligenciam suas condições particulares como mulheres²⁴⁴.

Em trecho do livro “*Presos que Menstruam. A brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras*”, de Nana Queiros²⁴⁵ a autora narra uma situação em que a diretora de um presídio feminino enfrentando diversas rebeliões decide se aproximar das detentas, por três meses a diretora chamou presas em sua sala e checkou a situações processual de cada uma:

No primeiro mês, soltou cerca de cinquenta mulheres que já haviam cumprido a pena, conquistado o direito à progressão ou que nem haviam sido indiciadas e não podiam estar detidas. Logo, elas passaram a ver na diretora uma aliada e não uma inimiga.

Depois, tratou de ocupar as cabeças ociosas. Ampliou a escola de modo que as 34 estudantes se transformaram em 264, quase a metade das mulheres

²³⁹ Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres - Junho de 2014. E, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres, 2ª edição, 2017.

²⁴⁰ Segundo o Infopen Mulheres de junho de 2014, 64% das mulheres são presas pelo envolvimento com o tráfico de drogas. O Infopen Mulheres em junho de 2016 registrou que 62% das mulheres presas são por tráfico de drogas.

²⁴¹ Incluem os crimes de Tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06), Associação para o tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06) e Tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06).

²⁴² Expressões utilizadas no tráfico de drogas para identificar quem guarda a droga em casa – bucha; transporta ou repassa a droga – mula/aviões; vender a droga – vapores; auxilia no tráfico avisando aos traficantes de alguma forma sobre a presença de policiais – cúmplice ou fogueteira.

²⁴³ “Em 77% dos casos, as mulheres envolvidas com tráfico foram abordadas por policiais militares e, em 11%, por agentes penitenciários, durante a revista vexatória em dias de visita a estabelecimentos de privação de liberdade” - Dados da pesquisa Prisão Provisória e Lei de Drogas (NEV-USP), 2011. JESUS, Maria Gorete; CARVALHO, Denise. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. **Revista LEVS**, Marília, 2012, p. 188-203.

²⁴⁴ Habeas Corpus impetrado pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos, p. 35. Disponível em: <https://cadhu.wordpress.com/>. Último acesso em: 22.06.2018.

²⁴⁵ QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam. A brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

daquela unidade. Começou a fazer levantamentos que revelaram que cerca de 70% das mulheres ali detidas estavam envolvidas com o tráfico; destas, a maioria não tinha antecedente criminal ou histórico de violência e havia apelado ao tráfico por ser muito pobre, não ter profissão ou outros meios de obter o sustento da família²⁴⁶.

Bruna Angotti e Ana Gabriela Mendes Braga, durante nove meses entrevistaram mais de 80 detentas nas penitenciárias brasileiras e realizaram a pesquisa “*Dar à Luz, na Sombra – Condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*”, em que relatam os principais problemas enfrentados por essas mulheres e seus filhos em situação prisional:

A violação de direitos é o principal elemento presente nas falas – há falta de acesso à justiça, descumprimento das previsões legais, negligência em relação às especificidades da mulher, violações no que tange à convivência entre mães presas e suas crianças. Em relação especificamente ao acesso à justiça, pudemos perceber o duplo impacto da precariedade deste, o primeiro de ordem material, identificado na falta de acesso à informação, pouca participação no processo criminal e civil, e exercício precário da autodefesa e defesa técnica; o segundo subjetivo, com aumento da ansiedade gerada pela sensação de abandono, impotência e angústia frente ao sistema de justiça e ao seu próprio destino²⁴⁷.

A pesquisadora Débora Diniz por anos entrevistou mulheres submetidas à prisão e em 2015 escreveu o livro “*Cadeia: Relatos sobre mulheres*”, no qual descreve os hábitos, regras e rotinas nas penitenciárias femininas. Indica a pesquisadora:

Fui pesquisadora antes que escritora sobre o presídio. Entrevistei mulheres, li arquivos, publiquei ciência. Pelos números, soube que uma em cada quatro presas viveu em reformatórios na adolescência, muitas sofreram violência, usaram drogas, roubaram coisas e sobreviveram perambulando pelas ruas. Elas são jovens, negras, pobres e com filhos. **Uma multidão de mulheres abandonadas. Chegaram à Penitenciária Feminina do Distrito Federal pelo confuso tipo penal “tráfico de drogas”, e por ali permanecerão alguns anos. Muitas sem sentença, chamadas de provisórias, outras já acostumadas a sair e voltar. Umas poucas ignoram se um dia sairão.** Na multidão, estão as grávidas, as doentes, as velhas ou as muito jovens, as estrangeiras, as loucas e as líderes. Passei a buscar as histórias de mulheres no miúdo, as formas de viver e sobreviver entre as grades²⁴⁸. “grifo da autora”.

²⁴⁶ Idem. Ibidem. p. 108.

²⁴⁷ BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. *Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras de exercício de maternidade nas prisões*. **Série Pensando o Direito, n. 51**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015, p. 78.

²⁴⁸ DINIZ, Débora. **Cadeia: Relatos sobre mulheres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 9-10.

O documentário “*Nascer nas prisões: gestar, nascer e cuidar*”, vinculado à pesquisa Saúde Materno Infantil nas Prisões do Brasil em 2016²⁴⁹, expõe a dura realidade das penitenciárias femininas para as mães e suas crianças e o distanciamento entre a legislação e a prática²⁵⁰.

As detentas relatam como é o período da gravidez no cárcere, falam sobre as privações materiais, como a falta de instrumentos básicos de higiene e até mesmo de alimentos. A carência de atendimento médico durante a gravidez, e o sobre o parto, a discriminação e o uso de algemas, inclusive no momento do parto, a vergonha e tristeza de passar esse momento tão delicado algemada²⁵¹ e sozinha, do sentimento vexatório por conta de ser “criminosa”, situações em que a presa mal consegue se mexer por conta das algemas, não podem receber visitas dos familiares e ficam isoladas em um lugar separado da maternidade, contando com a presença apenas dos agentes penitenciários²⁵².

Tais situações transgridem a dignidade da pessoa e as recomendações do Supremo Tribunal Federal e da Organização das Nações Unidas no trato dos direitos humanos. Conforme relatam os autores:

A precariedade de comunicação entre o sistema prisional e a família das mães encarceradas é notória quando se observa que 89% das famílias não foram avisadas quanto ao início do trabalho de parto das mulheres. Na maternidade, o relato de familiares como acompanhantes só aconteceu em 3% dos casos, o que contraria a Lei 11.108, promulgada em 2005, que garante o direito de acompanhante de livre escolha da mulher durante sua permanência na maternidade. O fato do sistema penitenciário proibir a visita de familiares aumenta ainda mais a solidão e o desamparo dessas mulheres²⁵³.

²⁴⁹ LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva** [online]. 2016, vol.21, n.7, pp. 2061-2070. Disponível em: <<http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/nascer-na-prisao-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil/15596>>. Acesso em 22.06.2018.

²⁵⁰ LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva** [online]. 2016, vol.21, n.7, pp. 2061-2070. Disponível em: <<http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/nascer-na-prisao-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil/15596>>. Acesso em 22.06.2018.

²⁵¹ As regras de Bangkok prescrevem que instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, nem durante o parto e nem no período posterior (regra 24). Em 2016 a Lei 13.434 acrescentou o parágrafo único ao art. 292 do CPP para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato, *in verbis*: Art. 292. Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

²⁵² LEAL, Maria do Carmo et al. *Ibidem*.

²⁵³ LEAL, Maria do Carmo et al. *Ibidem*. p. 2067.

A Lei Execução Penal – LEP²⁵⁴, prevê que as pessoas privadas de liberdade não podem sofrer nenhuma subtração de direitos que não conste na própria sentença ou na lei. A pessoa presa está privada de liberdade, mas todo o resto lhe é assegurado, não pode haver constrições ou mitigações de direitos por conta de sua privação de liberdade. Na situação das mulheres submetidas à pena privativa de liberdade elas conservam todos os demais direitos que são titulares como pessoa humana, mulher e mãe.

Assim, o art. 3º da LEP²⁵⁵ dispõe que “*ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*”, e o art. 2º, parágrafo único do mesmo dispositivo legal diz que é assegurado aos presos ainda não definitivamente condenados todas as disposições constantes na LEP²⁵⁶.

A Lei n. 8.080 de 1990²⁵⁷ estabelece que os serviços de saúde do SUS e particulares são obrigados a permitir a presença de um acompanhante à parturiente durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto²⁵⁸.

À vista disso, patente a ausência de conformidade entre a legislação e a realidade do sistema penitenciário nacional:

Isso contraria o princípio de que as mulheres presas devem se beneficiar do mesmo tratamento que a população livre, de acordo com Constituição Federal. Além de condições de vida digna deveria ser oferecida a essas mulheres oportunidades de promoção da saúde, através de educação, especialmente no campo da saúde reprodutiva e sexual e da puericultura. Alternativas ao encarceramento, como a prisão domiciliar, devem ser consideradas para gestantes, especialmente para presas provisórias que, apesar de prevista na legislação brasileira, raramente é aplicada²⁵⁹.

O sistema carcerário brasileiro, brevemente sintetizado acima, nega à mulher gestante um acompanhamento pré-natal adequado, condições dignas e humanitárias no momento do parto e no pós-parto.²⁶⁰ Pertinente citar o aludido pelo CADHu na petição inicial do Habeas Corpus 143.641/SP:

²⁵⁴ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17210.htm>. Acesso em 28.06.2018.

²⁵⁵ BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.

²⁵⁶ Idem. Ibidem. Art. 2º, parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

²⁵⁷ BRASIL. Lei n. 8.080/1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 28.06.2018.

²⁵⁸ BRASIL. Lei n. 8.080/1990. Ibidem. Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

²⁵⁹ LEAL, Maria do Carmo *et al.* Ibidem. p. 2068.

²⁶⁰ ANJOS, Anna B. Detenta faz o próprio parto em solitária de presídio no Rio. **Revista Fórum**. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/detenta-faz-o-proprio-parto-em-solitaria-de-presidio-no-rio/>>. Acesso em

As parturientes presas são submetidas a um estado de sujeição e à completa alienação das decisões relacionadas ao seu parto, quando é seu direito a informação e o consentimento sobre qualquer intervenção sobre seu corpo. Sequer a prévia identificação do local onde ocorrerá o parto lhes é garantida, nos termos do art. 8º, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que lhes obsta a comunicação e o acompanhamento de familiares – em geral proibidos. **A vulnerabilidade das parturientes, desacompanhadas e estigmatizadas pelos símbolos da prisão (algemas, escolta) não lhes acarreta somente desconforto, mas potencializa sua fragilidade e sujeição a abusos também no ambiente hospitalar.**

[...] os partos de mulheres sob custódia do Estado, realizados nas celas ou nos pátios prisionais, são expressão máxima da indiferença do sistema prisional aos direitos reprodutivos de mulheres presas. Parto, afinal, não é acidente ou evento incerto. Entretanto, o sistema de justiça criminal, em aparente estado de negação, desconsidera as condições do cárcere na determinação de prisões preventivas a gestantes, bem como as necessidades inescapáveis destas²⁶¹. “grifo da autora.”

Em virtude dessa desproporção e falta de estrutura justificou o CADHu o cabimento e provimento do habeas corpus, para determinar que as mulheres presas cautelarmente com filhos ou em situação de gestação possam cumprir a medida cautelar em seu domicílio, como forma mais segura, saudável, humanitária e livre de violência para a criança.

3.2.2 A transgressão ao princípio da primazia do interesse da criança frente ao encarceramento feminino preventivo

O princípio da primazia do interesse superior da criança e do adolescente, firmado no Direito da Criança e do Adolescente, reconhece que a criança e o adolescente são sujeitos de todos os direitos da pessoa humana e, também, são titulares de direitos especiais inerentes a sua condição de pessoa em desenvolvimento, impondo como critério de política jurídica em sentido amplo que as decisões sempre deverão se pautar nos princípios e normas do Direito da Criança e do Adolescente²⁶².

23.06.2018. Detenta dá à luz em cima de saco de lixo em corredor de presídio no DF. **G1 Globo**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/05/detenta-da-luz-em-cima-de-saco-plastico-em-corredor-de-presidio-no-df.html>>. Acesso em 23.06.2018. DIP, Andrea. 'Tive meu filho algemada', conta encarcerada que ganhou bebê. **Terra**. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/policia/tive-meu-filho-algemada-conta-encarcerada-que-ganhou-bebe,e79fc64b46bc7410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>>. Acesso em 23.06.2018. EDUARDO, Kaio. Mulher fica algemada em hospital após parto por roubar chuveiro. **Revista Meio Norte**. Disponível em: <<https://www.meionorte.com/noticias/policia/mulher-fica-algemada-em-hospital-apos-parto-por-roubar-chuveiro-156152>>. Acesso em 23.06.2018.

²⁶¹ Habeas Corpus impetrado pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos. Ibidem. pp. 21-22.

²⁶² LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O direito da criança e do adolescente**: fundamentos para uma abordagem principiológica. Tese de doutorado em direito, Florianópolis, UFSC, 2001, p. 209.

Conforme já dito, a Lei da Primeira Infância trouxe expressamente a possibilidade da substituição da prisão preventiva pela domiciliar de gestantes e mães com filhos menores de 12 anos, nos casos em que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou contra seus descendentes em que visem o interesse superior da criança, pois o sistema carcerário atual não possui estrutura para abrigar gestantes e crianças de maneira digna, com espaços superlotados, insalubres e desequipados o Estado não consegue fornecer serviços dignos à saúde das gestantes e de seus filhos submetidos nesse sistema, o que ameaça demasiadamente a vida e o desenvolvimento integral e saudável de crianças²⁶³.

Submeter ao cárcere preventivo nessas situações gestantes e crianças é violar diretamente a Constituição Federal e a normativa de Direitos Humanos.

O encarceramento de mães e gestantes coloca crianças em grave situação de risco. O cárcere preventivo nesses casos viola direitos de crianças e adolescentes: o sistema de justiça criminal e o sistema prisional têm se constituído em obstáculo à implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente e à consolidação de políticas verdadeiramente universais de proteção integral²⁶⁴.

A medida cautelar de perseguição do Estado não pode atingir a saúde e o bem-estar das crianças, tampouco as gestantes e mulheres em situação de puerpério, já sensíveis psicologicamente a este momento.

Na petição inicial do HC 143.641/SP, o CADHu apresenta pesquisas e dados sobre as condições inadequadas do aprisionamento com relação ao desenvolvimento da criança. Não são raros os casos em que a criança é retirada da mãe logo após o nascimento, e quando as que permanecem com a mãe no ambiente prisional, sofrem com a falta de infraestrutura e de uma antecipação abrupta do destino de seus filhos, que após o período de amamentação em que estão com a mãe todo o tempo são retirados do convívio materno de forma repentina, sem um período de adaptação e sem a certeza de uma futura convivência.²⁶⁵

Conforme texto do CADHu no Habeas Corpus 143.641/SP:

Quanto à saída da criança do cárcere, seu elemento mais problemático é o caráter abrupto, o descompromisso com um período de adaptação e a desconsideração de seus impactos sobre a saúde psicológica das mulheres encarceradas. Após um período de convívio com suas crianças, durante o qual permanecem isoladas dos demais espaços de convivência das unidades de

²⁶³ Habeas Corpus impetrado pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos. Ibidem. pp. 21-22.

²⁶⁴ Idem. Ibidem. p. 14.

²⁶⁵ BRAGA e ANGOTTI denominam essa situação de “hiper hipo-maternidade” essa percepção do regulamento prisional, caracterizado por uma intensa e regulada convivência, seguida de uma brusca e cruel separação. In: Habeas Corpus impetrado pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos. Ibidem. p. 23.

privação de liberdade, dedicando-se exclusivamente ao cuidado dos recém-nascidos, mães e filhos são bruscamente apartados²⁶⁶.

A Defensoria Pública Estadual do Ceará – DPE/CE, em sua petição no Habeas Corpus 143.641/SP, em que pleiteou sua admissão no processo como *custos vulnerabilis* e subsidiariamente como *amicus curiae*, asseverou que os direitos da criança são assegurados desde a concepção, como consequência lógica tudo o que envolva as condições de pré e pós-parto se insere na conjectura de saúde da mãe e no meio que ela se encontra²⁶⁷.

No pós-parto, embora a legislação permita que a criança permaneça com a mãe no presídio, é indubitável que o ambiente carcerário é extremamente inadequado para a criança, conforme exposto acima nos estudos e pesquisas sobre a realidade do sistema prisional feminino nacional.²⁶⁸

A DPE/CE fundamenta o cabimento e provimento do pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar:

Destarte, as crianças que permanecem com a mãe durante a prisão, ainda que fiquem destacadas em uma ala própria, como ocorre no presídio feminino cearense, estão igualmente presas. Além do mais, não se enfrenta de forma séria e responsável o desenvolvimento destas crianças num contexto tão nocivo como um presídio, onde a creche da unidade prisional não passa despercebida pelo cenário de tensão, superlotação e privação em todos os sentidos.²⁶⁹

A DPF do Ceará coloca que toda essa situação não é desconhecida pelo Judiciário brasileiro que, ainda assim, insiste na aplicação de penas cautelares desproporcionais a gravidade dos delitos e ignoram os princípios do direito a criança.

As crianças que permanecem com a mãe na prisão são privadas de cuidados básicos e materiais, além da instabilidade emocional que lhes afeta a formação de personalidade. As narrativas levadas à Defensoria Pública dão conta de crianças que passam a apresentar certas patologias, agressividades, febres emocionais e comportamento estranho na escola. **A privação da mãe subtrai do filho muito mais do que uma convivência mensurada por dias, mas a retirada do afeto ao qual tem direito e cuja intensidade não é contabilizada. O prejuízo é sempre irreparável.**²⁷⁰ “grifo da autora”.

²⁶⁶ Idem. Ibidem. p. 24.

²⁶⁷ Petição DPE/CE - requerimento de admissão no processo como custos vulnerabilis e subsidiariamente como amicus curiae. Recurso eletrônico Disponível para download em: <<https://www.dropbox.com/sh/02a5t7702eq5t83/AACgQrke3PaMYzrJtuxHmFVSA?dl=0>>. HC parte 1, pp. 53-73.

²⁶⁸ LEAL, Maria do Carmo et al. Ibidem.; DINIZ, Débora. Ibidem.; BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Ibidem.; QUEIROZ, Nana. Ibidem.; Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres 2014 e 2016.

²⁶⁹ Petição DPE/CE. Ibidem. p. 62

²⁷⁰ Idem. Ibidem. p. 64.

A prisão preventiva atinge a criança de maneira sensivelmente maior, viola o princípio da intranscendência²⁷¹, o qual preceitua que a pena não pode atingir pessoas não responsáveis pelo cometimento da infração penal, “não é demais reafirmar que a prisão fora imposta à mãe e não à criança ainda em vida uterina ou não, a qual não deve ser privada de direito algum, dentre eles o de nascer e se desenvolver com saúde e sob o cuidado e carinho daqueles que a amam”²⁷². A Proteção Integral deve ser norte para o aplicador do direito ao decidir casos que envolvam direitos da criança²⁷³.

Outrossim, a Lei da Primeira Infância ao dispor acerca da possibilidade da substituição da prisão preventiva pela domiciliar elenca como hipóteses a presença de gestação ou maternidade de crianças até 12 anos e a não violência. O legislador não estabeleceu outras condições para concessão do direito, ou argumentos como periculosidade do agente, garantia da ordem pública ou prova da imprescindibilidade da mãe para os cuidados da criança.

Nessa esteira, frente ao evidente e público prejuízo da privação de convivência da criança com a reclusa, também levando em conta a impossibilidade de alocar crianças com as mães no ambiente prisional frente a completa falta de estrutura e a precariedade para receber e proporcionar uma vida digna a essas crianças, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar é a alternativa que melhor se harmoniza com a norma constitucional e internacional vigentes no ordenamento jurídico²⁷⁴.

Ainda, a Defensoria Pública Geral da União – DPU, manifestou-se no processo, no mesmo sentido, reforçando a necessidade da concessão da ordem coletiva. Como ato de ilegalidade apontou a manutenção das prisões preventivas de mulheres gestantes, puérperas e mães de crianças até 12 anos e as próprias crianças quando recolhidas nessas condições calamitosas²⁷⁵.

Reforça a DPU as condições de ambiente insalubres das prisões brasileiras, já se mostrando efetivamente danosa ao ser humano mais saudável e sem necessidade de nenhum

²⁷¹ Art. 5º. XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. *In*: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: Redação do art. dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm>. Acesso em 19.04.2018.

²⁷² Petição DPE/CE. *Ibidem*. p. 64.

²⁷³ *Idem*. *Ibidem*.

²⁷⁴ *Idem*. *Ibidem*. p. 70.

²⁷⁵ Petição DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DA UNIÃO, por intermédio de Gustavo de Almeida Ribeiro – Defensor Público Federal, - Recurso eletrônico. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/02a5t7702eq5t83/AACgQrke3PaMYzrJtuxHmFV5a?dl=0>>. HC parte 1, pp. 209-224.

cuidado especial. Sendo o espaço físico que confina as pessoas incompatível com o estado gravídico e com a saúde do bebê. Lamenta a DPU em seu texto que a prisão cautelar no Brasil seja a preferida das medidas processuais penais quando deveria ser exceção e por um tempo curto, o que não acontece na análise da prática pelo judiciário, “a situação agrava-se quando recai sobre uma mãe, deixando à mingua seus filhos, ou o que é pior, encarcerando um bebê”²⁷⁶.

A DPU elenca uma série de danos gerados pelo encarceramento da mãe:

O dano gerado nessa criança é irreversível. A mácula, a ausência, o abandono de quem muitas vezes já não tem o pai presente são indelévels. São inúmeros os males causados a uma criança que experimenta o nascimento e a vivência no cárcere. Mostra-se fundamental, para a reflexão, enumerar alguns deles:

- 1 – adoção de crianças de mães presas à revelia destas;
- 2 – permanência da criança no cárcere;
- 3 – atraso na realização do registro civil da criança;
- 4 – falta de atendimento médico adequado à gestante e à criança;
- 5 – falta de atividades psicopedagógicas para as crianças;
- 6 – formação nas crianças de atitudes relacionadas ao aprisionamento, como posição de revista.²⁷⁷

A maior vítima sem dúvida é a criança, submetida a essa realidade já em seus primeiros anos de vida, o Marco Legal da Primeira Infância veio para proteger a criança dessa realidade. Assim, o que for exequível por parte do Estado fazer em prol e benefício da criança, o deve.

3.3 O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641/SP

O *habeas corpus* coletivo 143.641/SP, foi julgado em 20 de fevereiro de 2018 pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, preliminarmente, por votação unânime, a turma conheceu do pedido de *habeas corpus* e ficaram vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que dele conheciam em parte no mérito²⁷⁸.

O julgamento teve prosseguimento e por maioria foi concedida a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda. Conforme art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências²⁷⁹, enquanto permanecer a condição, com exceção de crimes praticados mediante violência ou

²⁷⁶ Idem. Ibidem. p. 218.

²⁷⁷ Idem. Ibidem. p. 219.

²⁷⁸ HC n. 143.641/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 20.02.2018, DJe n. 39, do dia 01.03.2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em 23.06.2018

²⁷⁹ BRASIL. Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015.

grave ameaça, ou contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas. Ficou expressamente consagrado que nesses casos deverão ser especialmente fundamentadas para denegar o benefício.²⁸⁰

A turma entendeu que nas situações em que o magistrado compreender que a prisão domiciliar não é viável poderá substituí-la pelas medidas alternativas arroladas no art. 319 do CPP.²⁸¹ E, para averiguar a situação de dependência dos filhos e de guardião o juiz deverá dar credibilidade à palavra da mãe.²⁸²

Ainda, em casos de destituição do poder familiar, em que os motivos que levaram a destituição não sejam a prisão da mãe, o benefício da substituição da prisão preventiva pela domiciliar não poderá ser aplicado.²⁸³

Restou decidido que os magistrados responsáveis por audiências de custódia, e, também, os magistrados que possuam ações penais em que são processadas mulheres presas preventivamente, deverão analisar o cabimento da prisão, conforme as diretrizes firmadas no *decisum*.²⁸⁴

Não obstante o pleito por meio de curador seja possível para obtenção do benefício, segundo a decisão ele é dispensável, já que o que se busca com a decisão é exatamente remediar as omissões estruturais do acesso à Justiça que enfrenta a população carcerária, cabendo ao Judiciário a adoção de uma atitude ativa para o pleno cumprimento da decisão judicial emanada do *habeas corpus*.²⁸⁵

Na sequência, será trabalhado o voto do Ministro Ricardo Lewandowski e os fundamentos utilizados para concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

²⁸⁰ HC n. 143.641/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 20.02.2018, DJe n. 39, do dia 01.03.2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em 23.06.2018.

²⁸¹ CPP. Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

²⁸² HC n. 143.641/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Ibidem.

²⁸³ Idem. Ibidem.

²⁸⁴ Idem. Ibidem.

²⁸⁵ Idem. Ibidem.

3.3.1 O voto do relator Ministro Ricardo Lewandowski

Preliminarmente, fundamentou o relator ser a ação coletiva, talvez, a única solução possível para assegurar o acesso à Justiça de grupos mais vulneráveis, sob o enfoque econômico e social. Com uma importância ainda maior tendo em vista que o *habeas corpus* é um instrumento criado para tutelar a liberdade da pessoa.²⁸⁶

O Ministro Ricardo Lewandowski cita como precedente para concessão do *habeas corpus* coletivo o “caso Verbisky”²⁸⁷ julgado pela Suprema Corte argentina, país que também não prevê expressamente a figura do *habeas corpus* coletivo, mas considerando a extensão da violação aos direitos humanos fundamentou o instrumento coletivo como sendo o remédio mais cabível para combater aquela realidade.

Destacou o Min. Ricardo Lewandowski, o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que dispõe ser competência de juízes e tribunais para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando constatada coação ilegal ou iminência desta “faculdade de concessão, ainda que de ofício, do *writ*, revela o quanto o remédio heroico é flexível e estruturado de modo a combater, de forma célere e eficaz, as ameaças e lesões a direitos relacionados ao *status libertatis*”²⁸⁸.

O *habeas corpus* coletivo se estende a todos que estão em situação semelhante ao das pessoas beneficiadas com a decisão, como analogia ao art. 580 do CPP²⁸⁹, e, conforme precedentes a impetração coletiva já vem sendo conhecida e concedida no Judiciário brasileiro.²⁹⁰

O relator cita a pesquisa “*Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009*”, a qual conclui que abaixo de um certo nível de escolaridade e renda, praticamente não se tem acesso

²⁸⁶ Texto do voto do Ministro Ricardo Lewandoski no HC 143.641/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 15.06.2018.

²⁸⁷ Foi interposto *habeas corpus* em nome de todas as pessoas detidas em prisões e delegacias de polícia na província de Buenos Aires, incluindo mulheres e crianças que estavam sofrendo de superlotação e superpopulação porque as células estavam em um estado de conservação e higiene deploráveis, em flagrante violação dos princípios gerais das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos das Nações Unidas. A Suprema Corte argentina determinou tanto aos tribunais que lhe são hierarquicamente inferiores quanto aos Poderes Executivo e Legislativo a tomada de medidas para sanar a situação de inconstitucionalidade e inconveniência a que estavam sujeitos os presos. Caso disponível em: <<http://resumendefallos.blogspot.com/2010/10/resumen-fallo-verbisky.html>>. Acesso em 23.06.2018.

²⁸⁸ Texto do voto do Ministro Ricardo Lewandoski no HC 143.641/SP. Ibidem. p. 148.

²⁸⁹ CPP. Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

²⁹⁰ Habeas Corpus 1080118354-9, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e nos *Habeas Corpus* 207.720/SP e 142.513/ES, ambos do Superior Tribunal de Justiça.

à Justiça. De acordo com a pesquisa, dos resultados foi evidenciado que o desconhecimento das ferramentas de acesso à Justiça atinge com maior relevância a população com menor poder econômico²⁹¹:

[...] em linhas mais gerais, a cadeia causal aqui descoberta expõe que níveis básicos de conhecimento jurídico direcionados à grande massa da população deveriam estar entre as prioridades da política judiciária Nacional.

[...] pode ser concluído que o desconhecimento em relação ao Poder Judiciário não é reflexo apenas do menor poderio econômico da população, mas também do menor grau de escolaridade. Em que pese a esta uma análise com valor apenas comparativo entre os diversos motivos, é possível observar sem ambiguidades que quem não sabia que poderia recorrer à Justiça, possui o segundo pior indicador educacional entre os respondentes, cerca de 6 anos de estudo, o que, para se ter um parâmetro absoluto, equivale à sexta série do ensino fundamental.²⁹²

A admissão do instrumento coletivo irá potencializar o alcance da decisão como forma de assegurar os princípios ligados ao acesso à Justiça.

O relator rechaçou o argumento da Procuradoria-Geral da República no sentido de que o *habeas corpus* coletivo não poderia ser admitido, porquanto as pacientes seriam indeterminadas e indetermináveis, explanando ter sido superado esse entendimento conforme preceitos da Constituição Federal e do Pacto de São José da Costa Rica.²⁹³

Além de que, no curso do processo, conforme determinação do próprio relator em despacho²⁹⁴, o Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN e outras autoridades estaduais,

²⁹¹ Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça**, julho. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf>>. Acesso em 23.06.2018.

²⁹² Idem. Ibidem. p. 32.

²⁹³ Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de San José da Costa Rica. Artigo 25 - Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

²⁹⁴ Despacho. “(...) Assim, por ora, determino a expedição de ofício ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) para que: 1) indique, dentre a população de mulheres presas preventivamente, quais estão gestantes ou são mães de crianças; 2) com relação às unidades prisionais onde estiverem custodiadas, informe quais dispõem de escolta para garantia de cuidados pré-natais, assistência médica adequada, inclusive pré-natal e pós-parto, berçários e creches, e quais delas estão funcionando com número de presas superior à sua capacidade. O prazo para resposta do ofício é de 60 dias, devendo indicar de forma precisa o nome da presa, bem assim, a identificação da unidade prisional onde está custodiada. Defiro, por fim, a intimação do Defensor Público Geral Federal, para que esclareça sobre seu interesse em atuar neste feito. Após, tornem conclusos os autos. Publique-se. DJe. 29.06.2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>>. Acesso em 23.06.2018.

forneceram dados contendo nomes e informações das mulheres presas preventivamente, que estão em gestação ou são mães de crianças que dependem exclusivamente delas²⁹⁵.

De fato, como bem explanou o Ministro Ricardo Lewandoski, a concessão do benefício contribuirá para sanar mais celeremente as lesões a direitos, bem como lesões a direitos potenciais, além de evidente aceleração dos processos parados no judiciário brasileiro. Nas palavras do Ministro:

Considero fundamental, ademais, que o Supremo Tribunal Federal assuma a responsabilidade que tem com relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis²⁹⁶.

Agregou as razões para o conhecimento do *habeas corpus* o reconhecimento pelo STF do estado de coisas inconstitucional que se encontra no sistema prisional brasileiro²⁹⁷ e da não aplicabilidade dos dispostos no art. 318, incisos IV e V do CPP por inúmeras instâncias judiciais, que ao analisarem pedidos de substituição da medida cautelar privativa de liberdade pela prisão domiciliar foram contra os preceitos da Lei da Primeira Infância.²⁹⁸ Por fim, em razão da relevância constitucional da matéria versada no *habeas corpus* que incumbiu ao Supremo Tribunal Federal o julgamento²⁹⁹.

No mérito o relator passou a avaliar se realmente existe uma deficiência de caráter estrutural no sistema prisional nacional que submete mulheres grávidas e mães de crianças e as próprias crianças as situações precárias e degradantes narradas na petição inicial. Imperioso transcrever a resposta do Ministro a tal questionamento, *ipsis verbis*:

Nesse aspecto, a resposta é lamentavelmente afirmativa, tal como deflui do julgamento da ADPF 347 MC/DF, na qual os fatos relatados no presente

²⁹⁵ Informações do DEPEN. HC parte 3. Peças processuais disponíveis em: <<https://www.dropbox.com/sh/02a5t7702eq5t83/AACgQrke3PaMYzrJtuxHmFV5a?dl=0>>. Último acesso em 22.06.2018.

²⁹⁶ Texto do voto do Ministro Ricardo Lewandoski no HC 143.641/SP. Ibidem. p. 20.

²⁹⁷ SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” - MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO ADPF 347 MC / DF. JULGADO EM 09.09.2015.

²⁹⁸ O CADHu cita como exemplos do Superior Tribunal de Justiça: HC 414674, HC 39444, HC 403301, HC 381022.

²⁹⁹ Texto do voto do Ministro Ricardo Lewandoski no HC 143.641/SP. Ibidem.

habeas corpus – retratando gravíssima deficiência estrutural, especificamente em relação à situação da mulher presa – foi expressamente abordada.

[...] **Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis.** Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças³⁰⁰. “grifo da autora”.

Ainda, o Min. Ricardo Lewandowski, elencou dados do INFOPEN Mulheres de junho de 2017³⁰¹ que aponta o crescimento entre os anos de 2000 e 2014 de 567% (quinhentos e sessenta e sete por cento) da população de mulheres encarceradas no sistema penitenciário, sendo de 30,1% (trinta, vírgula um por cento) da população prisional feminina presa provisória. E, asseverou que conceder a ordem para substituição da prisão preventiva pela domiciliar nesses casos não é mais do que dar cumprimento ao disposto na Constituição Federal³⁰² e na Lei 11.942 de 2009 que alterou a Lei de Execução Penal³⁰³. Enunciou diversos cuidados a serem adotados pelos estabelecimentos penais que recebam gestantes, parturientes, e mães, bem como as crianças no período de amamentação e menores de sete anos que necessitem permanecer com a mãe.³⁰⁴

O Min. Relator Ricardo Lewandowski, mostrou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem seguido as Regras de Bangkok³⁰⁵, como exemplo citou os seguintes julgados: “HC 147.322-MC/SP, HC 142.279/CE, HC 130.152-MC/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, HC 134.979/DF, HC 134.130/DF, HC 133.179/DF e HC 129.001/SP, de

³⁰⁰ Texto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no HC 143.641/SP. Ibidem. pp. 22-23

³⁰¹ Brasília: Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, junho/2017, pp. 18-20.

³⁰² CF/88 Art. 5º, incisos II, XLI, XLV, L, XLVIII, XLIX.

³⁰³ Art. 42 da Lei de Execução Penal, passa a prevê: i. “acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.” ii. “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.” iii. “a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa, inclusive à presa provisória”.

³⁰⁴ Texto do voto do Ministro Ricardo Lewandoski no HC 143.641/SP. Ibidem. pp. 23-25.

³⁰⁵ O Ministro fala que durante sua presidência no Conselho Nacional de Justiça fez questão de ver traduzidas e publicadas as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok) na Série “Tratados Internacionais de Direitos Humanos”, com o intuito de promover maior vinculação à pauta de combate à desigualdade e violência de gênero. (Texto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no HC 143.641/SP. Ibidem. p. 35)

relatoria do Ministro Roberto Barroso, HC 133.532/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, HC 134.734-MC/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, dentre muitos outros”.³⁰⁶

Embasou a decisão também no art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal, o qual dita, que “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*”, que, nos casos de mulheres presas, as consequências da privação de liberdade estendem-se às crianças que carregam ainda no ventre e aquelas já nascidas.³⁰⁷

Outrossim, a importância da devida atenção pré-natal e do momento do parto, bem como o acompanhamento médico da criança após o nascimento é imperioso, a ausência desses cuidados se constitui em violação ao direito da mulher e da criança³⁰⁸. Discorre o Ministro Ricardo Lewandowski:

Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas. Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. Ademais, priva-as do aleitamento materno numa fase em que este é enfaticamente recomendado pelos especialistas.³⁰⁹

Sobre o tema trazido pela Lei da Primeira Infância o Ministro pontuou:

É importante sublinhar, também, que o legislador tem se revelado sensível a essa triste realidade. Não por acaso, recentemente foi editado o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que modificou alguns aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem implicações da maior relevância para o julgamento do presente *writ*.³¹⁰

Como bem pontuou o Min. Ricardo Lewandowski a Lei da Primeira Infância regulou, práticas internas relacionadas à prisão preventiva da gestante e da mãe privada de liberdade, ficou redigido o art. 318 do Código de Processo Penal após a modificação que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar nos casos em a agente for gestante e mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos. Daí a importância da concessão da ordem coletiva, visto que o *caput* fala em “poderá”, o que consequentemente deixa a margem para discricionariedade do juiz que na prática, usa essa discricionariedade para reforçar a cultura do encarceramento.³¹¹

³⁰⁶ Idem. Ibidem. p. 38.

³⁰⁷ Idem. Ibidem. p. 39.

³⁰⁸ Idem. Ibidem.

³⁰⁹ Idem. Ibidem. p. 42.

³¹⁰ Idem. Ibidem. p. 46.

³¹¹ Idem. Ibidem.

Conforme o voto em análise e, ante a arbitrariedade judicial quanto a cultura do encarceramento e com a consideração de que o Estado falha constantemente em cumprir os preceitos constitucionais de prioridade absoluta dos direitos da criança, que foi concedida a ordem no *habeas corpus* coletivo, determinando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes que estejam em prisão preventiva³¹².

Nos termos do voto do relator:

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionabilíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.³¹³

Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal concedeu a substituição da prisão preventiva pela domiciliar em caráter geral e coletivo à todas as mulheres gestantes e com filhos submetidas ao encarceramento preventivo, com a recomendação de que os Tribunais observem os termos firmados no julgamento do Habeas Corpus 143.641/SP. Assim, será analisado se os Tribunais tem aplicado o precedente firmado pelo STF.

3.4 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE APÓS O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 143.641/SP

³¹² Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ- NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. *In*: Texto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no HC 143.641/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 15.06.2018.

³¹³ Idem. Ibidem. p. 47.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no *habeas corpus* 143.641/SP pela 2ª Turma, foi fixado o prazo de 60 dias para que os tribunais estaduais e federais, inclusive da Justiça Militar estadual e federal, analisem e implementem de modo integral as determinações fixadas na decisão, cumpre dessa forma analisar se após o prazo os tribunais passaram a aplicar o entendimento firmado.

Cabe a ressalva de que a análise se pautará na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça Catarinense.

3.4.1 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

O julgado mais recente do Superior Tribunal de Justiça³¹⁴ sobre o tema foi publicada no diário de Justiça eletrônico - Dje, em 12.06.2018. Trata da decretação da prisão preventiva de uma mãe de 3 filhos menores de 12 anos em 28.09.2017, pelo suposto envolvimento em organização criminosa³¹⁵.

A defesa da acusada impetrou Habeas Corpus perante o tribunal estadual e o Desembargador relator concedeu em parte o pedido liminar, a fim de garantir à paciente que aguardasse em prisão domiciliar o julgamento do *habeas corpus*. Na sequência o órgão colegiado cassou a liminar anteriormente deferida e denegou a ordem. Foi interposto recurso ao STJ, e o pleito não foi acolhido³¹⁶.

A turma julgadora entendeu que as razões invocadas pelo Juízo de origem foram suficientes para embasar a prisão da acusada, porquanto devidamente demonstrado o *periculum libertatis* aptos para manutenção da segregação cautelar³¹⁷.

Com relação a Lei da Primeira e Infância e o art. 318 do CPP, foi falado que em tese autorizariam a substituição apenas pelo fato de ter filhos menores de 12 anos e o crime não ter sido cometido com violência, contudo, a suposta conduta da acusada de realizar a contabilidade de um grupo criminoso e transmitir as ordens de seu companheiro, suposto líder da associação

³¹⁴ RHC 96.157/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018.

³¹⁵ STJ - RHC: 96157 RS 2018/0061622-4, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 05/06/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/06/2018

³¹⁶ Idem. Ibidem.

³¹⁷ Idem. Ibidem.

criminosa, também privado de liberdade, impossibilitaram a aplicação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar³¹⁸.

Colhe-se da ementa do julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO MERCANCIA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas - e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art.

312, ambos do Código de Processo Penal.

2. A decisão que decretou a custódia preventiva evidenciou o fundado risco de reiteração delitiva, ante os indícios de a recorrente integrar organização voltada à prática de diversos crimes contra o patrimônio, notadamente roubo, furto e receptação de veículos automotores, com a posterior adulteração dos documentos dos bens subtraídos.

3. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 143.641, que, em 20/2/2018, concedeu habeas corpus coletivo "para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda [...], enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício".

4. A novel legislação teve reflexos no Código de Processo Penal e imprimiu nova redação ao inciso IV do seu art. 318, além de acrescentar-lhe os incisos V e VI. Tais mudanças encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância" (art. 14, § 1º).

5. O fato de a acusada realizar a contabilidade do grupo criminoso e transmitir as ordens de seu companheiro - líder da associação, atualmente privado de sua liberdade - evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não seria suficiente para evitar a prática delitiva no interior de sua residência, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito.

6. Recurso desprovido.³¹⁹“grifo da autora”.

Da leitura do julgado extrai-se que o relator referencia a Lei da Primeira Infância e as alterações ao art. 318 do CPP, bem como trata do HC 143.641. Mas, o recurso é desprovido

³¹⁸ Idem. Ibidem.

³¹⁹ Idem. Ibidem.

com base na gravidade do delito e no risco da reiteração criminosa, com evidências de que a conduta criminosa seria praticada dentro da residência da acusada³²⁰.

De outro norte, em situação semelhante, ocorrida no Habeas Corpus 421.669/SP³²¹, foi concedida ordem de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de uma gestante, mãe de 2 filhos com menos de 12 anos. Nos termos do voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura, apesar de evidentes os motivos aptos para justificar a prisão preventiva, não se encaixaria em situação excepcionalíssima que justificasse a não aplicação do decidido pelo STF no julgamento do HC 143.641:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 318, V, DO CPP. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A nova redação do art. 318, V, do Código de Processo Penal, dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), veio à lume com o fito de assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, insculpido no art. 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo.

2. Quando a presença de mulher for imprescindível para os cuidados a filho menor de 12 (doze) anos de idade, cabe ao magistrado analisar acuradamente a possibilidade de substituição do carcer ad custodiam pela prisão domiciliar, legando a medida extrema às situações em que elementos concretos demonstrem claramente a insuficiência da inovação legislativa em foco.

3. In casu, muito embora tenha sido apresentada motivação concreta para justificar o encarceramento cautelar (apreensão de grande quantidade e variedade de substância entorpecente, de valores e de petrechos que indicam, no entendimento do juízo de primeiro grau, a prática reiterada do crime de tráfico de drogas), não me parece tratar-se de "situação excepcionalíssima" a ponto de justificar a mitigação da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus coletivo n.º 143.641/SP, valendo ressaltar que a paciente é mãe de duas crianças (com 4 e 7 anos de idade) e, ainda, encontra-se em fase final de gestação de um terceiro filho, o que indica a urgência da concessão da prisão domiciliar, sendo indiscutível a importância da presença materna para o bem estar físico e psicológico da criança, mormente quando em idade tenra.

4. Imperioso, pois, garantir o direito das crianças, mesmo que para tanto seja necessário afastar o poder de cautela processual à disposição da persecução penal, sendo aplicável o art. 318, V, do Código de Processo Penal de maneira a permitir que a paciente permaneça em prisão domiciliar a fim de garantir o cuidado de seus filhos menores.

5. Cumprimento do quanto determinado no julgamento do habeas corpus coletivo n.º 143.641/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual restou

³²⁰ Idem. Ibidem.

³²¹ HC 421.669/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 15/05/2018

assentado o entendimento de que seja determinada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar [...] ³²². “grifo da autora”.

Nos mesmos fundamentos:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. APREENSÃO DE 2,155 KG DE COCAÍNA. AEROPORTO INTERNACIONAL. DECISÃO FUNDAMENTADA QUANTO AO RISCO DE REITERAÇÃO PELO HISTÓRICO DE VIAGENS ANTERIORES. RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MÃE DE TRÊS FILHOS. VERIFICADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Constato a necessidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar devido ao fato de ser a recorrente mãe de três crianças menores de 12 anos, sendo uma delas com idade próxima a 1 ano.

2. Recurso em habeas corpus provido para substituir a custódia preventiva da recorrente pela domiciliar, nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal, ficando a cargo do Juízo singular a fiscalização e o estabelecimento de condições para o cumprimento do benefício, inclusive a fixação de outras medidas cautelares diversas da prisão, com a advertência de que a eventual desobediência das condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição cautelar. (RHC 87.339/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018). “grifo da autora”.

Ainda, como exemplo, os julgados da Corte Superior que seguiram o estabelecido no *habeas corpus* coletivo 143.641/SP, concedendo a substituição da prisão preventiva pela domiciliar no caso de gestantes e mães com filhos até 12 anos de idade incompletos: HC 449.420/SP, rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 24/05/2018, dje 29/05/2018; HC 445.037/SP, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 22/05/2018, dje 30/05/2018; HC 442.966/MS, rel. Ministro Felix Fischer, quinta turma, julgado em 17/05/2018, dje 23/05/2018; HC 403.030/SP, rel. Ministro Felix Fischer, quinta turma, julgado em 03/05/2018, dje 09/05/2018; HC 444.370/SP, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 03/05/2018, dje 08/05/2018; HC 421.669/SP, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 03/05/2018, dje 15/05/2018; HC 419.276/MG, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, rel. p/ acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 19/04/2018, dje 21/05/2018; RHC 94.861/RS, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 10/04/2018, dje 18/04/2018; HC 430.730/MG, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 05/04/2018, dje 16/04/2018; HC 426.489/SP, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 22/03/2018, dje 02/04/2018; RHC 90.943/PE, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 20/03/2018, dje 27/03/2018; RHC 88.971/SP, rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, quinta turma, julgado

³²² HC 421.669/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 15/05/2018.

em 20/03/2018, dje 06/04/2018; HC 430.212/SP, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 15/03/2018, dje 23/03/2018; HC 417.614/PR, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 15/03/2018, dje 24/05/2018; HC 425.075/SP, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 13/03/2018, dje 26/03/2018; RHC 92.700/RS, rel. Ministro Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em 06/03/2018, dje 14/03/2018; RHC 89.214/MS, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 27/02/2018, dje 08/03/2018³²³.

Conforme os julgados do STJ, pode-se extrair que, infelizmente, os Tribunais de Justiça Estaduais não observam a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda relutam em conceder a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, prova disto que ainda são inúmeros os casos que sobem ao Superior Tribunal de Justiça.

3.4.2 A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Posteriormente ao julgamento do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina analisou diversos pedidos de substituição da prisão preventiva pela domiciliar³²⁴.

No Habeas Corpus n. 4011176-35.2018.8.24.0000, o Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli, denegou o pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de uma acusada pelo suposto envolvimento nos crimes de roubo qualificado pelo concurso de pessoas, corrupção de menor e ameaça, presa em flagrante, mãe de uma criança de 2 anos e grávida de 3 meses.

O magistrado referiu-se ao precedente firmado pelo Supremo Tribunal, mas ao fundamentar a decisão denegatória utilizou-se de fundamentos preconceituosos e estigmatizantes, baseando-se para não concessão da substituição na vida regressa da indiciada, em suas palavras:

[...] o episódio não constitui fato isolado na biografia da indiciada, **possuidora de extenso rol de antecedentes criminais por envolvimento em delitos de gravidade extremada**, como ameaça, furtos simples e qualificado, dano, desacato, tentativa de homicídio, violação de domicílio e estelionato (vide certidão de antecedentes criminais de fls. 57-59 na origem), **prática que não cessou nem mesmo com a gestação e nascimento da filha**, não há como desprezar que **a gestação pretérita e consequente nascimento da filha, utilizados para obtenção do benefício perseguido, nunca foram embaraço para o cometimento de delitos pela paciente, não se podendo presumir que, agora, o comportamento será diferente**, sendo forçoso concluir, a

³²³ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Último acesso em 24.06.2018.

³²⁴ Jurisprudência Catarinense. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em 09.07.2018.

partir daí, infelizmente, que **o afastamento da mãe pela prisão preventiva representa maior proteção à infante, ao nascituro e à própria. paciente**³²⁵. “grifo da autora”.

Outro julgado da corte Catarinense que negou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar foi o Habeas Corpus n. 4010276-52.2018.8.24.0000³²⁶, de relatoria do Desembargador Carlos Alberto Civinski. A requerente teve sua prisão preventiva decretada pelo crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma branca e concurso de pessoas, mãe de uma criança 2 anos e 10 meses de idade pleiteou pela concessão do benefício³²⁷.

O Desembargador entendeu que mesmo a acusada cumprindo os requisitos para concessão do benefício elencados no art. 318 do CPP - ser mãe de uma criança com menos de 12 anos de idade e não ter sido cometido o crime com violência – e ainda ser primária e não possuir antecedentes criminais, não faria jus a concessão do benefício porquanto não possui vínculo com o distrito da culpa, sendo natural de outra cidade³²⁸.

Fundamentou o relator ainda que a acusada sequer trouxe aos autos comprovação de emprego lícito. E, entendeu que não existiam nos autos elementos idôneos a demonstrar que a criança precisa de cuidados imprescindíveis, “até porque, conforme destacado pelo Juízo *a quo*, no momento da infração a criança não estava sob os cuidados da paciente, a denotar que aquela estaria recebendo cuidados de terceiros”³²⁹.

Ainda, acerca do argumento de que a criança teria sido encaminhada para entidade de acolhimento, disse que isso não significa que a criança esteja desamparada, mas, sim, que estaria recebendo cuidados de terceiros, não evidenciando dessa forma a situação de ilegalidade e que dos elementos constantes no processo nada indicaria que a criança estivesse em situação que torne imprescindível a convivência com a genitora³³⁰.

³²⁵ Habeas Corpus (criminal) n. 4011176-35.2018.8.24.0000, São Lourenço do Oeste. rel. Desembargador Substituto Luiz Antônio Zanini Fornerolli. Florianópolis, 14 de maio de 2018. pp. 7-8.

³²⁶ HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL QUE APURA A PRÁTICA EM TESE DO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA E CONCURSO DE AGENTES (ARTIGO 157, §2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). PEDIDO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR COM FULCRO NO ARTIGO 318, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACIENTE QUE POSSUI UM FILHO MENOR DE 12 (DOZE) ANOS. MEDIDA INCABÍVEL NA HIPÓTESE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PACIENTE PARA OS CUIDADOS DA CRIANÇA NÃO COMPROVADA. ADEMAIS, DELITO QUE TERIA SIDO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA À PESSOA. EXCEÇÃO PREVISTA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS COLETIVO* 143.641/SP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. Habeas Corpus (criminal) n. 4010276-52.2018.8.24.0000, da Capital Relator: Des. Carlos Alberto Civinski. Julg. 24 de maio de 2018.

³²⁷ Idem. Ibidem.

³²⁸ Idem. Ibidem.

³²⁹ Idem. Ibidem. pp. 7-8.

³³⁰ Idem. Ibidem.

Sobre o fundamento de não existir provas de imprescindibilidade da mãe aos cuidados dos filhos para denegar a ordem, também, citam-se os seguintes julgados do TJSC: Habeas Corpus (criminal) n. 4006916-12.2018.8.24.0000, de Palhoça. Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins. Julg. 03.04.2018; Habeas Corpus (criminal) n. 4008105-25.2018.8.24.0000, de Tijucas. Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida. Julg. 25.04.2018; Habeas Corpus (criminal) n. 4004676-50.2018.8.24.0000, da Capital Relator: Des. Carlos Alberto Civinski. Julg. 22.03.2018; Habeas Corpus (criminal) n. 4005488-92.2018.8.24.0000, de Joaçaba. Relator: Desembargador Getúlio Corrêa. Julg. 27.03.2018; HC (criminal) n. 4010794-58.2018.8.24.0090, de Blumenau. Relator: Leopoldo Augusto Bruggemann. Jul. 05.06.2018.

No TJSC foram concedidos os pedidos de *habeas corpus* e substituídas a prisão preventiva pela domiciliar, com base na Lei da Primeira Infância, da proteção à maternidade e à infância e, na decisão do STF no HC 143.641/SP, nos seguintes julgados: Habeas Corpus (criminal) n. 4003477-90.2018.8.24.0000, de Meleiro. Relator: Alexandre d'Ivanenko. Julgado em: 15/03/2018; Habeas Corpus (criminal) n.: 4003746-32.2018.8.24.0000 de Blumenau. Relator: Jorge Schaefer Martins. Julgado em: 26/04/2018; Habeas Corpus (criminal) n. 4003416-35.2018.8.24.0000 de Palhoça. Relator: Jorge Schaefer Martins. Julgado em: 19/04/2018; Habeas Corpus (criminal) n. 4003438-93.2018.8.24.0000 de Blumenau. Relator: Jorge Schaefer Martins. Julgado em: 19/04/2018.

Desta maneira, consta que o Tribunal de Justiça Catarinense tem aplicado o entendimento da substituição da prisão preventiva pela domiciliar com base no interesse superior da criança, porém, o número de não concessões é maior.

Conforme os julgados têm-se verificado que os magistrados mesmo em casos específicos em que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, ainda fundamentam a manutenção da cautelar com base na periculosidade do agente ou na não existência de que é imprescindível para a criança os cuidados maternos. O que vai contra as recomendações do STF feitas no julgamento do *habeas corpus* que diz “se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP”³³¹. E nos casos em que a acusada for reincidente ou a depender do caso concreto deve o juiz ao decidir se pautar sempre nos princípios constitucionais e da primazia do interesse da criança. Fundamentar a decisão como excepcionalíssima para não aplicação da substituição ignorando os direitos da criança que também é atingida por aquela decisão é inconstitucional e ilegal.

³³¹ Texto do voto do Min. Ricardo Lewandowski no Habeas Corpus 143.641/SP. Ibidem. p. 47.

3.5 REPERCURSÃO LEGISLATIVA – O PROJETO DE LEI 64/2018

A Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou em 21 de março de 2018, o projeto de lei n. 64/2018³³² que tem por objetivo alterar o art. 318 do Código de Processo Penal. O Projeto de Lei do Senado - PLS 64/2018 foi remetido à Câmara dos Deputados³³³ e se aprovado vai para votação no Senado.³³⁴

A justificativa do PLS 64/2018 apresentado pela Senadora Simone Tebet, elencou como fundamento o julgamento do HC 143.641/SP pelo Supremo e reforçou que a presença dos filhos das apenadas no ambiente penitenciário é demasiado traumático e que as condições precárias das penitenciárias nacionais não detêm estrutura para acolher crianças em fase de desenvolvimento físico e emocional³³⁵.

Dessa forma, o PLS 64/2018 se propõe impulsionar um efetivo desencarceramento das mulheres em condição de gestantes, mães de crianças ou de pessoas com deficiência, quer condenadas quer presas provisórias.

Todavia, a proposta de alteração do art. 318 do CPP é para que passe a vigorar com a seguinte redação:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente:

- I – tiver mais de 80 (oitenta) anos;
- II – estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III – sendo homem, seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, ou seja, o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

³³² PLS 64/2018 – Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638604&ts=1528491501075&disposition=inline&ts=1528491501075>>. Texto final em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7648944&ts=1528491501231&disposition=inline&ts=1528491501231>>. Acesso em 24.06.2018.

³³³ Tramitação PLS 64/2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132359>>. Acesso em 24.06.2018.

³³⁴ Câmara dos Deputados – Tramitação de projetos de lei. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/481884-CONHECA-A-TRAMITACAO-DE-PROJETOS-DE-LEI.html>>. Acesso em 24.06.2018.

³³⁵ PROJETO DE LEI DO SENADO. Disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação. JUSTIFICAÇÃO. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638572&ts=1528491501015&disposition=inline&ts=1528491501015>>. Acesso em 24.06.2018.

§ 1º A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - seja primária;

IV - não seja integrante de organização criminosa.

§ 2º Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

§ 3º A substituição de que trata o caput deste artigo poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319. “grifo da autora”.

O projeto inclui como requisitos para substituição da prisão preventiva pela domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, a primariedade da agente e a prova de que ela não integre organização criminosa, exigindo para a substituição prova idônea desses requisitos³³⁶.

Tais alterações propostas retrocedem em relação aos avanços conseguidos com o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 143.641/SP, na medida que impõe mais requisitos para conceder a substituição da prisão preventiva pela domiciliar³³⁷.

O Supremo Tribunal Federal em suas recomendações no julgamento do *habeas corpus* ao tratar da reincidência enunciou que “quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão”³³⁸. Isto é, nem mesmo o STF estabeleceu que a primariedade deveria ser um requisito para que o magistrado concedesse a substituição.

Ainda, o PLS diz que o juiz exigirá para a substituição prova idônea dos requisitos estabelecidos. Dessa forma, incube a acusada o ônus da prova de que não seja integrante de organização criminosa, “prova de fato negativo é prova impossível. Quando se trata de pessoas

³³⁶ PROJETO DE LEI DO SENADO. Disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação. JUSTIFICAÇÃO. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638572&ts=1528491501015&disposition=inline&ts=1528491501015>>. Acesso em 24.06.2018.

³³⁷ Nota técnica sobre o PLS 64/2018 assinada pela CADHu – Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos Conectas Direitos Humanos GAJOP – Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares GRUPO DE PESQUISA “SAÚDE NAS PRISÕES” da ENSP - Escola Nacional de Saúde Pública / Fiocruz. Instituto de Defesa do Direito de Defesa Instituto Alana – Prioridade Absoluta IBCCRIM - Instituto de Brasileiro de Ciências Criminais Instituto Sou da Paz Rede Justiça Criminal. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2018/nota_tecnica_PLS%2064_18.pdf>. Acesso em 24.06.2018.

³³⁸ Texto do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski no HC coletivo 143.641/SP. Ibidem. p. 47.

que experimentam falha estrutural de acesso à justiça, a imposição de tal ônus torna a prisão preventiva inescapável”³³⁹.

A redação do PLS 64/2018 cria embaraços a aplicação do precedente firmado no julgamento do *habeas corpus* 143.641/SP, visto que impõe mais requisitos para o magistrado observar no momento em que for decidir um pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Além de que, as alterações propostas no âmbito do PLS, claramente não foram redigidas com fundamento no interesse superior da criança, pois busca limitar a medida alternativa para o encarceramento preventivo em que se submetem gestantes e crianças, que é a prisão domiciliar.

³³⁹ Nota técnica sobre o PLS 64/2018 assinada pela CADHu. Ibidem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criança e o adolescente não foram reconhecidos como sujeitos de direitos por muito tempo na história. Eram tratados como meros objetos de tutela, assistencialista para a orfandade e repressiva para os “menores delinquentes”, sabe-se que por vezes misturando as categorias.

Finalmente, quando se reconhece que criança e adolescente são sujeitos de direito, e se quebra o paradigma da “situação irregular”, se adotou a Doutrina da Proteção Integral, fundamentada no interesse maior da criança e do adolescente e na prioridade absoluta, com base no texto Constitucional e na norma protetiva nacional - Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei da primeira Infância, bem como na Convenção sobre os Direitos da Criança e demais tratados internacionais adotados pelo Brasil com o compromisso de fazer valer as normas ratificadas.

Assim, toda a normativa que hoje fundamenta o Direito da Criança e do adolescente são mais do que meros regramentos, mas verdadeiros comandos de dever ser. Compromete o Estado, a família e toda a sociedade com a defesa dos direitos da criança e do adolescente e a promoção das melhores das melhores condições para que a infância se desenvolva em um ambiente sadio, afetivo e que estejam disponíveis todos os recursos necessários para uma infância digna.

Contudo, mesmo com toda a construção protetiva advinda da Doutrina da Proteção Integral, existem diversas situações em que a criança e adolescente são desprezados, não têm seus direitos resguardados e pior, são encarcerados, não raras as vezes ainda no ventre materno.

Um dos muitos casos em que há tais violações, é o encarceramento feminino preventivo de grávidas, puérperas, e mães de crianças e filhos com deficiência. Constantemente são violados os direitos humanos da população carcerária feminina mediante o uso indiscriminado pelo Poder Judiciário de prisões cautelares, que, reiteradas vezes excedem o tempo em que a presa deveria permanecer recolhida cautelarmente. E nesse ambiente insalubre, desumano e desequipado, já reconhecido como de estado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, se inserem as gestantes com seus bebês ainda no ventre, os bebês que estão em período de aleitamento e ainda, crianças.

Submeter ao cárcere preventivo nessas situações gestantes e crianças é violar diretamente a Constituição Federal, e toda a normativa de Direitos Humanos. Prisão não é, nem nunca será ambiente sadio para desenvolvimento de uma criança.

As alegações de que o estabelecimento prisional detém estrutura e berçário não podem ser aceitas em sede de prisão preventiva, pois o art. 318 alterado pela lei da Primeira Infância

diz expressamente que o juiz pode substituir quando gestante ou mãe com filhos de até 12 anos de idade incompletos ou de pessoa com deficiência.

O Judiciário está abarrotado de processos. E as prisões quando tem um espaço destinado ao acolhimento da gestante e da criança é precário, é um espaço pequeno que não consegue atender todas elas, é um ambiente tão precário é desumano, é inaceitável, lhes afeta toda a formação da personalidade, do adulto que essa criança vai se tornar.

A retirada da criança após o período de aleitamento (quando esse é passado juntamente com a mãe) subtrai muito mais do que uma convivência, subtrai o afeto da mãe e da criança, quais ambos têm direito. E ainda que venha a ser possível uma convivência futura o prejuízo jamais poderá ser reparado.

Essa não é uma situação desconhecida pelo Estado e pelo Judiciário. São inúmeros estudos, pesquisas de campo, documentários, relatos da vida das crianças e dessas mães nas prisões, mas ainda assim, se insiste na “cultura do encarceramento”, em aplicar penas cautelares desproporcionais a gravidade do delito e a ignorar a presença do Direito da Criança e do Adolescente.

O público alvo, em regra geral, das vítimas dessas práticas são mulheres pobres, jovens, em sua grande maioria negras, mães e responsáveis pelo sustento da família que se envolvem com atividades periféricas no tráfico de drogas e sofrem com a política repressiva de combate ao tráfico que desacredita em seus testemunhos e ignora suas questões de gênero e sua situação familiar.

O sistema carcerário brasileiro priva a mulher gestante um acompanhamento pré-natal adequado, com condições dignas e humanitárias no momento do parto. Ademais, à mulher presa lhe é assegurado pela legislação todos os demais direitos não atingidos pela privação de liberdade.

A mulher presa tem direito a presença de um acompanhante durante todo o período do trabalho de parto, parto e pós-parto. Contudo, a realidade é que sequer a presença de um acompanhante tem ela no momento do parto, submetidas a uma completa alienação em relação as decisões tomadas com relação ao nascimento do bebê. Sequer o local em que a criança vai nascer lhe é comunicado antes, e não raras vezes faltam viaturas e agentes penitenciários para levar a gestante ao hospital, por conta disso inúmeros são os relatos de bebês que nascem nas celas das penitenciárias e até mesmo em corredores de presídios.

O sistema de Justiça ao optar por não substituir a prisão preventiva da mulher gestante e da mãe, constitui-se em verdadeiro obstáculo ao cumprimento da normativa da Proteção Integral e viola ao princípio da intranscendência, de que a pena não passará da pessoa do

condenado, o que é pior, ultrapassa e atinge um ser tão vulnerável e que por vezes se quer veio ao mundo ainda, e já vai nascer confinado.

A substituição da prisão preventiva pela domiciliar de gestantes e mães possibilitada pelo Lei da Primeira Infância e firmado como precedente no julgamento do Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, e diga-se, como ordem imperativa tal como estabelecido na decisão do Superior Tribunal de Justiça, que ao verificar o magistrado a presença de gestação e de filhos menores de doze anos ou com deficiência, não tendo sido o crime cometido com violência, deve aplicar de ofício a ordem para substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Ademais, ressalta-se que a prisão domiciliar é uma modalidade de cumprimento de prisão cautelar, a pessoa continua presa, com o benefício de ter a sua integridade física e moral preservada, e no presente caso a integridade das crianças, que em situação alguma deveriam sofrer violações.

E, apesar da alteração e do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda se verifica decisões denegatórias do benefício que se fundamentam em argumentos e provas estigmatizantes, preconceituosas e inconstitucionais, ignoram o direito da criança e realizam presunções marcadas pela “cultura do encarceramento”.

Dessa forma, a Doutrina da Proteção Integral é essencial no combate as violações e conquistas do Direito da Criança e do Adolescente, que impõe ao Estado obrigação positiva de mudança.

Por isso, não se pode admitir retrocessos no Direito da Criança e do Adolescente, apenas avanços. Por conta disso que o Projeto de Lei do Senado n. 64/2018 vai contra a Doutrina da Proteção Integral na medida que cria mais embaraços para concessão do benefício que foi instituído para proteção dos direitos infantoadolescentes.

A alteração que deveria ser proposta é a de que o *caput* do artigo 318 do CPP tivesse a sua redação modificada, para que, ao invés de dispor “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar [...]”, a redação fosse “deverá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for [...]”. Assim, evitaria a margem de discricionariedade do magistrado para denegar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar e a imposição de prisões cautelares inconstitucionais.

Por fim, a responsabilidade, atribuída pela Doutrina da Proteção Integral para a proteção das crianças frente a situações de violações a seus direitos, como no caso de submissão as mazelas do cárcere, também é compartilhada com a sociedade e a família. Que devem exigir por parte do Estado o cumprimento das Políticas Públicas voltadas a infância e a adolescência.

REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **A nova justiça da infância e da juventude**. In. PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Estatuto da criança e do adolescente: estudos sóciojurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Do avesso ao Direito**: da situação irregular à proteção da infância e da adolescência na América Latina. III Seminário Latino-Americano. Malheiros Editores: São Paulo, 1994.

BALERA, Fernanda Penteado. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Prisão e Maternidade. **Revista Jurídica Consulex**. n. 364, Brasília, 2012.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a Soberania da Lei e o Chão da Prisão: A Maternidade Encarcerada. **Revista Direito Gv**, São Paulo 11 (2). pp. 525-546. JUL-DEZ 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf>>. Acesso 20.06.2018.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras de exercício de maternidade nas prisões. **Série Pensando o Direito**, n. 51. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990, In: Vade mecum Saraiva. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17210.htm>. Acesso em 28.06.2018.

_____. Lei n. 8.080/1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 28.06.2018.

_____. Decreto Legislativo 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso 28.06.2018.

_____. Decreto Lei n. 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso 18.04.2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Redação do art. dada pela Emenda

Constitucional nº 65, de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm>. Acesso em 19.04.2018.

_____. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso 18.04.2018.

_____. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso 20.04.2018.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso 27.05.2018

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - **Código de Processo Penal**. Redação do artigo alterada pela Lei 12.403, de 2011, inciso IV alterado e V e VI incluídos pela Lei 13.257, de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso 04.06.2018.

_____. Lei n. 12.257, de 8 de março de 2016, *In: Vade mecum Saraiva*. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, *In: Vade mecum Saraiva*. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.**

_____. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em 28.06.2018.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 28.06.2018.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CASTRO, Matilde Coutinõ. *El derecho de los menores: una perspectiva nacional e internacional*. **Revista del Posgrado em Derecho de la UNAM**. nº 3. v. 2. p. 289-304. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, jul.-dec. 2006.

CONANDA. Resolução 113, de 19 de abril de 2006. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e o fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.crpssp.org.br/portal/comunicacao/diversos/mini_cd/pdfs/Res_113_CONANDA.pdf>. Acesso 20.06.2018.

_____. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência familiar e Comunitária. **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente** (coord.), elaborado pela Comissão Intersetorial para Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. 2013. Recurso eletrônico. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf>. Acesso em 20.05.2018.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

DINIZ, Débora. **Cadeia: Relatos sobre mulheres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

ESPEZIM DOS SANTOS, Danielle Maria. **Proteção Integral e Proteção Social de Crianças e Adolescentes: Brasil, Políticas Públicas e as Cortes Superiores**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**. ed. 6ª. Niterói: Impetus, 2009.

FIORETTI, Bia. **Nascer nas prisões: Gestar, nascer e cuidar**. Direção, montagem e fotografia: Bia Fioretti. Produção: Fiocruz. (25 min), ntsc, son, color, 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vmi6r-M-K0U>>. Acesso em 22.05.2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico n. 49** – janeiro/junho de 2017.

INFOPEN. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres - 2º Edição/ organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.].** - Brasília:

Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/>>. Acesso em 30.05.2018.

_____. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Atualização - junho/2016. IBGE, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 30.05.2018.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente** - Doutrina E Jurisprudência - 17ª Ed. Salvador: Juspodivim. 2016. LEAL, César Barros. Mulheres em situação de prisão: olhar mais humano e seriedade. **Revista Jurídica Consulex**. N. 364, 15 de março de 2012.

JESUS, Maria Gorete; CARVALHO, Denise. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. **Revista LEVS**, Marília, 2012, p. 188-203.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* **Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil**. **Revista Ciência & saúde coletiva** [online]. 2016, vol.21, n.7, p. 2068. Disponível em: <<http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/nascer-na-prisao-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil/15596>>. Acesso em 22.06.2018

LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O direito da criança e do adolescente**: fundamentos para uma abordagem principiológica. Tese de doutorado em direito, Florianópolis, UFSC, 2001, p. 176.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

MENDES, Gilmar. Maternidade livre, direitos efetivados — O Habeas Corpus coletivo 143.641. **Revista Consultor Jurídico**, 7 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/observatorio-constitucional-maternidade-livre-direitos-efetivados-hc-coletivo-143641>>. Acesso em: 10.06.2018.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4º ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OCHULACKI, Roberta Brenner. **A Juridicalização da proteção da infância e da juventude no Brasil**: uma análise da (in)eficácia da aplicação das medidas socioeducativas no estado do Rio Grande do Sul. 1. ed. Curitiba, PR: CVR, 2016.

ONU. **Declaração Universal de Direitos da Criança**. Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade->

legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em 15.04.2018.

PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 1-102.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam. A brutal vida das mulheres** - tratadas como homens - nas prisões brasileiras. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

ROMÃO, Luis Fernando de França. **A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Almedina, 2016.

SOUZA, Ellen Deola. **A Importância da Orientação e do Apoio Sociofamiliar no Âmbito Escolar**. Monografia (Bacharelado em Serviço Social) – Centro Sócio Econômico, Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes. O lugar global dos direitos da criança a partir da construção das imagens a infância. In: I JORNADA DE HISTÓRIAS DE INFÂNCIAS E JUVENTUDES. 2017. Florianópolis, SC. **Anais eletrônicos**, UDESC, 18 de dezembro de 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Henri/Downloads/Jornada%20de%20Hist%C3%B3rias%20de%20Inf%C3%A2ncias%20e%20Juventudes.pdf>. Acesso em 25.06.2018.

_____.; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. **Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015.

_____.; SALEH, Nicole Martignago. Direito da Criança e do Adolescente e os Impactos do Estatuto da Primeira Infância. XIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL - Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Santa Cruz do Sul – Rio Grande do Sul. **Anais eletrônicos**, 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp>. Acesso 25.06.2018

_____. **O Paradigma da Proteção Integral**. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPOPRE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Temas do direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Direito da Criança e do Adolescente**. Volume 5. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Direito penal juvenil e responsabilização estatutária:** elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. **Direito da Criança e do Adolescente.** Volume 5. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. (Coleção resumos jurídicos).

VIEIRA, Cleverton Elias. **A questão dos limites na educação infanto-juvenil sob a perspectiva da doutrina da proteção integral:** rompendo um mito. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.